Eigentumserwerb beim Kommissionseinkauf

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Karl Moeller,

Referendar in Freiberg.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	I. Einleitung	1
	II. Der Kommissionär handelt als offener Stellvertreter.	
	A. Wirkung der Stellvertretung bei der Übergabe	
§ 2.	a) Der unmittelbare Besitz	7
§ 3.	b) Der mittelbare Besitz	19
§ 4.	B. Abschluß der Einigung durch Stellvertreter	29
§ 5.	III. Der Kommissionär erwirbt das Eigentum sich selber . .	31
	IV. Der Kommissionär läßt sich die Kaufsache übergeben, ohne daß dem Dritten erkennbar wird, ob er im eigenen oder im Namen des Kommittenten handelt	
§ 6.	Anwendungsgebiet und Inhalt des § 164 BGB. . .	33
§ 7.	Willensrichtung des Veräußerers bei der Übergabe in bezug auf die Person des neuen Eigentümers	45
§ 8.	Willensrichtung des Kommissionärs bei Entgegennahme der Übergabe	57
§ 9.	Einschränkung des sogen. Offenheitsprinzips . . .	67
§ 10.	V. Resultat	72
§ 11.	Anhang	84

Literaturverzeichnis.

Anschütz-v. Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 3. Erlangen 1874.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen nach der 2. Lesung des Entwurfs, In Jherings Jahrbüchern Bd. 34.

Bremer, Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerb durch einen Stellvertreter. In Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 11 S. 211 ff.

Bremer, Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerb durch Stellvertreter. In Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 20 S. 25 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. 4. Aufl. Bd. 1 und 2. Jena 1903/04.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. In Fischers Abhandlungen, Jena 1897, Bd. 1 Heft 2.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1896.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Bd. 3. Halle 1904.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. Berlin 1902.

Dickel, Bemerkungen zum Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuchs. 1897.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 3. Mannheim 1905.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Ausg. Berlin 1898.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB. Bd. 2. Teil 1. Berlin 1898.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1901.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Kommentierte Ausgabe. Berlin 1891.

Grünhut, Recht des Kommissionshandels. Wien 1879.

Hupka, Die Vollmacht, eine civilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des deutschen BGB. Leipzig 1900.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Bd. 2. Braunschweig 1883.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze. Allgemeiner Teil. München 1900.

Hölder, Pandekten. Allgemeine Lehren. Freiburg 1891.

Jung, Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf nach dem Inkrafttreten des BGB. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 47 S. 183 ff.

Kober, Sachenrecht. In v. Staudingers Kommentar.

Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften. Marburg 1900.

Lehmann, Literaturbesprechung Abschnitt 9 in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 51 S. 268.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1901.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 36 S. 1 ff.

F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

R. Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB. in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs in Einkaufs- und Verkaufsaufträge. Stuttgart 1883.

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1904.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft. 5. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgeg. von R. Leonhard. Breslau 1901.

Mitteis, Lehre von der Selbstvertretung. Wien 1885.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe. 1888.

Perl, Das Aussonderungsrecht des Kommittenten im Konkurs des Kommissionärs vom Standpunkte des preußischen Rechts. In Buschs Archiv Bd. 48 S. 94ff.

Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25 S. 77ff.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1903—05.

Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs Bd. 2. Leipzig 1888.

Protokolle der Kommission für die 2. Lieferung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe. 1897.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. Berlin 1899.

Reichsoberhandelsgerichts-Entscheidungen Bd. 11 Nr. 4.

Rießer, Zur Revision des Handelsrechts. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 33 Beilageheft.

Rießer, Das Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896. Berlin 1897.

Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 93 S. 131ff.

v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. Bd. 1. Erlangen 1853.

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Leipzig 1900—02.

Sohm, Über Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer persona incerta. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 17 S. 16ff.

Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl. München 1903—05.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Jherings Jahrbüchern Bd. 27 S. 335ff.

Strohal, Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 1 ff.

Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel. Leipzig 1839.

Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB. Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 87 S. 40 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bearb. von Dr. Theodor Kipp. 8. Aufl. Frankfurt 1900.

Anmerkung: Soweit im nachfolgenden Text Paragraphen ohne nähere Bezeichnung des Gesetzes angegeben werden, sind Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs gemeint.

I. Einleitung.

§ 1.

Das Kommissionsgeschäft ist keine Neuschöpfung des jetzt geltenden Handelsrechts. Bereits im alten Handelsgesetzbuch fand sich das Kommissionsgeschäft in seinen rechtlichen Beziehungen ausgebildet vor; freilich entsprach es nicht mehr ganz den Bedürfnissen der fortgeschrittenen Verkehrsverhältnisse, und so mußten, als das neue Handelsgesetzbuch das Kommissionsgeschäft übernahm, Änderungen und Weiterbildungen vorgenommen werden.

Es wurde vor allem das Erfordernis, daß die abzuschließenden Geschäfte „Handelsgeschäfte" sein mußten, fallen gelassen, dafür aber die Geschäfte beschränkt auf Einkauf und Verkauf, während nach altem Handelsgesetz der Abschluß jeglicher Geschäfte, wenn sie nur Handelsgeschäfte waren, zum Kommissionsgeschäfte gehörte. Die hierdurch erfolgte Einschränkung wurde auf anderer Seite wieder aufgehoben durch die Bestimmung, daß die Vorschriften über die Kommissionsgeschäfte auch Anwendung finden, wenn ein Kommissionär oder Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft, das nicht Einkauf oder Verkauf zu sein braucht, für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu schließen übernimmt. Tatsächlich unterliegt heute ein bedeutend weiterer Kreis von Geschäften den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über

das Kommissionsgeschäft als früher; der Begriff des Kommissionsgeschäftes als solchen ist eingeschränkt, das Anwendungsgebiet seiner gesetzlichen Vorschriften aber erweitert worden. Der Umfang der Tätigkeit des Kommissionärs ist aber derselbe geblieben,[1]) und da auch die im alten Handelsgesetzbuch offen gelassene Frage des Eigentumserwerbs beim Kommissionseinkauf durch keine Bestimmung des neuen Handelsgesetzbuchs geregelt worden ist, so hat für eine Untersuchung dieser Streitfrage die Literatur des alten Handelsgesetzbuchs noch heute ihre volle Geltung.

> Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen (§ 383 HGB.).

Durch diesen Abschluß der Geschäfte für fremde Rechnung im eigenen Namen unterscheidet der Kommissionär sich einerseits vom Bevollmächtigten und Agenten, die beide das Geschäft im Namen des Auftraggebers abschließen oder vermitteln müssen, und andererseits vom Mäkler, der die Geschäfte nur vermittelt, nicht abschließt.

Waren und Wertpapiere[2]) sind die Objekte des Kom-

---

[1]) Das neue HGB. spricht zwar von „Kaufen“ und „Verkaufen“, während das alte HGB. die Tätigkeit des Kommissionärs mit „Schließen der Geschäfte“ (Art. 360 I) bezeichnete, daß aber im neuen HGB. unter dem „Kaufen“ und „Verkaufen“ nichts anderes gemeint ist als das, was das alte HGB. mit dem „Schließen“ bezeichnete, ergibt sich schon daraus, daß auch das neue HGB. im § 406 I vom „Schließen der Geschäfte“ spricht. Entsprechend der Einschränkung der Geschäfte auf den Ein- und Verkauf hat das neue HGB. statt des allgemeinen Ausdrucks „schließen von Geschäften“ im alten HGB. die entsprechenden speziellen Ausdrücke „kaufen“ und „verkaufen“ eingesetzt.

[2]) s. Anhang.

missionsgeschäfts, daraus ergibt sich, daß ein gewerbsmäßiger Abschluß von Verträgen im eigenen Namen für fremde Rechnung über Grundstücke den Abschließenden nicht zum Kommissionär macht, denn Grundstücke sind keine Waren im Sinne des Gesetzes, jedoch würde gemäß § 406 I HGB. auch ein solcher Vertrag den Regeln des Kommissionsgeschäfts unterliegen, wenn er von einem Kommissionär oder Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes geschlossen wird.

Bereits bei der Redaktion des alten Handelsgesetzbuchs ist über den Eigentumserwerb beim Kommissionskauf lebhaft gestritten worden. Art. 284 des Entwurfs sah einen direkten Eigentumserwerb des Kommittenten vor; in der ersten Lesung wurde entgegen dem Entwurf beschlossen, der Kommissionär solle das Eigentum zunächst sich selber erwerben, in der zweiten Lesung wurde mit einer kleinen Änderung der Entwurf wieder hergestellt und schließlich überhaupt der Art. 284 gänzlich gestrichen.[1]) Die Entscheidung der Frage sollte dem Zivilrecht überlassen bleiben.

Trotzdem vor Abfassung des neuen Handelsgesetzbuchs darauf hingewiesen wurde,[2]) daß eine Regelung dieser Streitfrage dringend geboten sei, hat auch das jetzt geltende Handelsrecht keine dahingehende Bestimmung aufgenommen, von der Erwägung ausgehend, daß die Versuche, bestimmte Rechtssätze aufzustellen, bereits früher zu keinem Ergebnis geführt hätten und eine erschöpfende und richtige Regelung dieser Streitfrage durch eine kurze Vorschrift unmöglich sei.[3])

---

[1]) vgl. darüber Grünhut, Recht des Kommissionshandels 442 ff.

[2]) Rießer, Zur Revision des HGB. in Goldschmidts Zeitschrift 33, Beilageheft 75 ff.; Dickel, Bemerkungen zu dem Entwurf des neuen HGB. 110.

[3]) Denkschrift zum Entwurfe eines deutschen HGB. 236.

Nach Art. 2 des EG. z. HGB. kommen demnach bezüglich des Eigentumserwerbs durch Kommissionseinkauf die Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzbuchs zur Anwendung.

Beim Eigentumserwerb durch Kauf müssen wir zwei getrennte Rechtsakte unterscheiden, den Abschluß des Kaufvertrags durch den die obligatorische Verpflichtung des Veräußerers, das Eigentum an der Kaufsache dem Käufer zu verschaffen, begründet wird, und die in Erfüllung dieser Verpflichtung nachfolgende Ausführung des Kaufvertrags, den Abschluß des dinglichen Vertrags. In der Praxis werden freilich vielfach die beiden Rechtsakte zusammenfallen, und der Laie wird sich nur des ersteren bewußt werden, da meistens die Übergabe der Kaufsache, sei es in corpore oder durch Konnossement, Lade- oder Lagerschein, sofort bei Abschluß des Kaufvertrags erfolgt.

Will oder kann der Käufer nicht in eigener Person einkaufen und bedient sich dazu eines Kommissionärs, so steht nach den gesetzlichen Bestimmungen fest, daß dieser den obligatorischen Vertrag, den Kaufvertrag, in eigenem Namen abschließen muß. Wollte er etwa im Namen des Käufers den Kaufvertrag abschließen, so läge kein Kommissionseinkauf vor, der Kommissionär hätte als Stellvertreter gehandelt, und die Bestimmungen über das Kommissionsgeschäft kämen gar nicht zur Anwendung. Wie steht es aber mit der Realisation desselben? Im Begriff des Kommissionärs liegt nicht enthalten, daß er auch die Ausführung des von ihm abgeschlossenen Kaufvertrags übernimmt, er kann vielmehr das in seiner Person entstandene Forderungsrecht auf Übertragung des Eigentums an der Kaufsache an den Kommittenten abtreten und dieser dann mit dem Dritten den Übereignungsvertrag direkt abschließen. In der Praxis wird aber dieser

Fall sehr selten sein, vielmehr wird in den meisten Fällen der Kommissionär auch die Ausführung des von ihm abgeschlossenen Kaufvertrags vornehmen.[1])

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung soll nun sein, in welchem Zeitpunkte und auf welchem Wege der Kommittent Eigentum an der für seine Rechnung gekauften Sache erwirbt, wenn der Kommissionär neben dem Abschluß des Kaufvertrags auch dessen Realisation übernimmt.

Da die Ausführung des Kaufvertrags nicht wie dessen Abschluß zum Begriff des Kommissionärs gehört, so fällt sie auch nicht unter die gesetzlichen Bestimmungen des Kommissionsgeschäfts, sondern unterliegt in der Art ihrer Ausführung der Parteiabmachung zwischen Kommissionär und Kommittent oder, falls eine solche, wie es meistens der Fall sein wird, fehlt, der Entscheidung des Kommissionärs.

Für die Ausführung des Kaufvertrags bieten sich drei Möglichkeiten:

1. Der Kommissionär kann, nachdem er den Kaufvertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat, sein Verhältnis zu dem Kommittenten offen hervortreten und in dessen Namen sich die Kaufsache vom Dritten übergeben lassen.

2. Der Kommissionär kann, wie er den Kaufvertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat, so auch im eigenen Namen dessen Ausführung vornehmen.

3. Der Kommissionär kann aber auch sich die Kaufsache übergeben lassen, ohne daß dem Dritten erkennbar wird, ob er im eigenen Namen oder im Namen des Kommittenten handelt.

Es mag hier im vorweg, da es die Fälle gleichmäßig

---

[1]) Grünhut a. a. O. 267; Denkschrift zum HGB. 256.

betrifft, auf die Frage nach der Vollmacht des Kommissionärs eingegangen werden. In den meisten Fällen wird der Kommissionär wohl einen Auftrag vom Kommittenten haben, aber keine ausdrückliche Vollmacht. Der Auftrag aber als solcher bezieht sich auf das Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittent und berührt nicht das Verhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Dritten; Auftrag und Vollmacht sind an sich zwei vollkommen getrennte Begriffe, von denen der eine durch den andern durchaus nicht bedingt wird.

In dem Einkaufsauftrag an den Kommissionär liegt aber nicht nur der Auftrag zum Abschluß des Kaufs, sondern nach den herrschenden Handelsgebräuchen im Zweifel auch der Auftrag zur Ausführung des Kaufs.[1]) Und da diese Ausführung am ehesten ihren vom Kommittenten gewollten Zweck erreicht, wenn sie mit unmittelbarer Wirkung für ihn vorgenommen werden kann, so liegt sinngemäß in dem Auftrag zur Ausführung auch eine Bevollmächtigung für diese Ausführung enthalten. Zwar ist diese Vollmacht keine ausdrückliche, aber einer solchen bedarf es, abgesehen von einzelnen im Bürgerlichen Gesetzbuch besonders hervorgehobenen Fällen, auch gar nicht; eine Vollmacht kann formlos, sie kann auch durch konkludente Handlung erteilt werden. Dies ist der Fall beim Kommissionsauftrag, in der in diesem enthaltenen Beauftragung mitder Ausführung des Kaufs ist im Zweifel auch eine stillschweigende Bevollmächtigung zu erblicken.[2]) Es genügt, daß der Kommissionär auf Grund der Handelsgewohnheiten unter

---

[1]) vgl. Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs in Einkaufs- und Verkaufsaufträge 7 Anm. 26; Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften 7.

[2]) vgl. Hupka, Die Vollmacht, eine zivilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des deutschen BGB. S. 119ff., 415ff.

Berücksichtigung der vermutlichen Interessen des Kommittenten sich für bevollmächtigt erachten kann.

Wie diese Vollmacht durch konkludente Handlung erteilt worden ist, so kann sie auch durch ebensolche Handlung erlöschen. Beauftragt der Kommittent einen anderen mit der Realisierung des Kaufes oder nimmt er sie selber vor, so liegt darin der Widerruf. Natürlich ist das Erlöschen der Vollmacht davon bedingt, daß der Kommissionär von dem Widerrufe oder der entsprechenden Handlung des Kommittenten Kenntnis erlangt hat; solange dies nicht der Fall ist, bleibt seine Vollmacht bestehen, auch wenn der Kommittent bereits seine Absicht geändert hat.

II. Der Kommissionär handelt als offener Stellvertreter.

A. Wirkung der Stellvertretung bei der Übergabe.

§ 2.

a) Der unmittelbare Besitz.

Der Kommissionär kann die Realisation des von ihm im eigenen Namen abgeschlossenen Kaufvertrages, wenn nicht bestimmte Abmachungen mit dem Kommittenten dem entgegenstehen, unmittelbar im Namen des Kommittenten vornehmen. Der Kommissionär handelt dann als offener Stellvertreter.

In den folgenden Ausführungen soll zunächst die Grundform der Übertragung von Eigentum an beweglichen Gegenständen allein zugrunde gelegt werden, während die Ausnahmen — die Fälle in denen der Erwerber bereits in dem

Besitze der Sache ist, oder der Eigentümer mit dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, oder ferner ein Dritter im Besitze der Sache sich befindet, und der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt — später behandelt werden sollen, da sich bei ihnen der Vorgang wesentlich anders gestaltet als bei der Grundform. Wie sich aus § 929, der die Grundform der Übertragung regelt, ergibt, sind die Erfordernisse des Eigentumsüberganges:

1. daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber „übergibt“ und

2. daß beide „darüber einig sind“, daß das Eigentum übergehen soll.

Zur Eigentumsübertragung ist demnach erforderlich ein Doppeltes: die Übergabe und die Einigung. Die Möglichkeit einer Vertretung im Eigentumserwerb ist daher bedingt durch die Möglichkeit, sowohl die Übergabe als die Einigung durch einen Vertreter mit direkter Wirkung für den Vertretenen vornehmen zu lassen. Es wird also unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, ob der Vertreter beides mit Fremdwirkung vornehmen kann.

Bevor wir jedoch auf die Untersuchung über die Wirkung der Stellvertretung bei der Übergabe eingehen können, müssen wir zunächst feststellen, was das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Begriff „Übergabe“ versteht. Eine Antwort auf diese Frage gibt der 2. Satz des § 929. Aus ihm ist ersichtlich, daß das Wort „übergeben“ des ersten Satzes soviel heißen soll wie: dem Erwerber den Besitz verschaffen unter Aufgabe des eigenen Besitzes.[1])

---

[1]) vgl. Motive zum Entwurf eines BGB. 3 § 874, 2.

Was versteht nun das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Begriff „Besitz“? Eine Definition ist nirgends im Gesetz gegeben, dafür sind aber im § 854 die Erlangung und im § 856 die Beendigung des Besitzes festgelegt. Darnach wird der Besitz erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt und beendet durch die Aufgabe oder das Verlieren der tatsächlichen Gewalt über die Sache.

Diesem unmittelbaren Besitz des § 854, der ein rein tatsächliches Verhältnis des Besitzers zur Sache darstellt, tritt aber ergänzend zur Seite der durch ein Rechtsverhältnis vermittelte Besitz des § 868, der mittelbare Besitz. Diesem fehlt zwar seinem Wesen nach die tatsächliche Beziehung zur Sache, in rechtlicher Beziehung setzt ihn jedoch das Gesetz, wenn auch mit Einschränkungen, dem unmittelbaren Besitz gleich; § 868 sagt ausdrücklich: so ist auch der andere Besitzer.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt somit zwei Arten des Besitzes, den unmittelbaren und den mittelbaren Besitz, die in ihren Voraussetzungen wesentlich verschieden sind.

Wir haben daher in erster Linie zu untersuchen, ob der unmittelbare Besitz durch einen Vertreter für den Vertretenen erworben werden kann. In der Natur des Besitzes als eines tatsächlichen Verhältnisses liegt, daß dies dem Prinzip nach unmöglich ist. In dem Moment, wo der

---

[1]) vgl. Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens 3 §§ 13, 3, 14, 6; F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb 70; Kober, Sachenrecht § 868 I, 3; Strohal, Sachbesitz nach dem BGB. in Jherings Jahrbüchern 38 S. 29 IV, 44 f.; Biermann, Das Sachenrecht des BGB. § 868, 3; Planck, BGB. nebst Einführungsgesetz 3 § 868, 5; anderer Ansicht Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB. im Archiv für die civilistische Praxis 87, 40 ff.

Vertreter in ein solches Verhältnis zu der Sache tritt, daß man von unmittelbarem Besitze sprechen kann, erwirbt er sich selber den unmittelbaren Besitz und nicht dem Vertretenen,[1]) gleichviel ob er den Willen gehabt hat, nicht für sich, sondern für den Vertretenen zu erwerben. Sein Wille ist nach dieser Richtung völlig gleichgültig, da es beim Besitz auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt ankommt und nicht auf den Willen, womit jedoch nicht gesagt sein soll, daß unter gewissen Umständen nicht auch beim Besitzerwerb der Wille zu den äußeren Umständen hinzukommen muß, wie wir später im Falle des § 854 II sehen werden.

Von diesem in dem Wesen des Besitzbegriffes begründeten Prinzip, daß, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt hat, selber unmittelbarer Besitzer wird und jeden weiteren unmittelbaren Besitz ausschließt, macht das Bürgerliche Gesetzbuch eine einzige Ausnahme im Falle des § 855 beim Besitzdiener.[2]) In diesem einzigen Falle gilt der Vertretene, der Besitzherr, als unmittelbarer Besitzer des Gegenstandes, den der Vertreter, der Besitzdiener, in seiner tatsächlichen Gewalt hat. Diese Ausnahme wird zugunsten des Besitzherrn gemacht, wenn der andere den Gegenstand in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder

[1]) Protokolle, metallographierte Ausgabe 3340: „Es sei dabei in der Weise zu verfahren, daß grundsätzlich jeder, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt habe, als der eigentliche Besitzer anerkannt und daß nur ausnahmsweise ein Dritter als eigentlicher Besitzer behandelt werde."

[2]) Leonhard a. a. O. 66ff.; Strohal a. a. O. 5ff.; Planck § 854,5; Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen nach der zweiten Lesung des Entwurfs in Jherings Jahrbüchern 34, 42ff.; Wendt a. a. O. 66ff.; Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 2 Teil I, 130ff.; ferner Protokolle 3343.

in einem ähnlichen Verhältnisse inne hat, vermöge dessen er den Weisungen des anderen Folge zu leisten hat.

Aus dieser Zusammenstellung erhellt die Art eines solchen „anderen Verhältnisses"; es muß einerseits ein derartiges sein, das dem anderen ein Befehlsrecht über den „unselbständigen Inhaber" gibt, daher ist nicht das privatrechtliche Verhältnis maßgebend, welches mitunter ganz fehlen kann, da dieses mit Ausnahme des Familienrechtes nur Forderungsrechte, nie Gehorsamsrechte begründet, sondern die tatsächliche Auffassung des Lebens.[1]) Die Unterordnung beruht auf der Verkehrsanschauung oder auf den Grundsätzen des öffentlichen Rechts. Anderseits darf dem Besitzdiener ein zivilistischer Anspruch auf Behaltung des Besitzes, insbesondere auch ein Retentionsrecht dem Besitzherrn gegenüber nie zustehen.[2])

Aus dem Ausgeführten ergibt sich daher, daß der Besitzerwerb durch den Besitzdiener die einzige Möglichkeit bietet, durch einen Vertreter unmittelbaren Besitz zu erlangen,[3]) daß aber der Kommissionär in seiner Eigenschaft als solcher

---

[1]) Biermann § 855, 1; Wendt a. a. O. 64ff.; Dernburg 3 § 14, 2; Endemann a. a. O. 134 Anm. 12. Etwas abweichend davon Bekker a. a. O. 43, der den Nachdruck darauf legt, daß der Besitzdiener den Anweisungen des Besitzherrn sofort Folge zu leisten hat und somit dem Paragraph das weiteste Anwendungsgebiet gibt; dagegen einschränkend Lenel, Stellvertretung und Vollmacht; in Jherings Jahrbüchern 36, 99, der den § 855 nur auf Geschäftsangestellte und Dienstboten anwenden will.

[2]) Protokolle 3341.

[3]) vgl. Kipp in Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts S. 693 Ih; Lehmann, Sachenrecht 70.

nie Besitzdiener sein kann.[1]) Sein Verhältnis zum Kommittenten begründet für diesen wohl ein obligatorisches Forderungsrecht, aber niemals ein Befehlsrecht, gibt doch HGB. dem Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht an dem in seinem Besitze befindlichen Kommissionsgute. Jeder Angriff des Kommittenten auf die Innehabung des Kommissionärs würde gleichbedeutend sein mit Ausübung verbotener Eigenmacht. Für unsere Untersuchung kommen wir also zu dem Resultat, daß durch den Kommissionär auch bei offener Stellvertretung niemals unmittelbarer Besitz für den Kommittenten erworben werden kann.

Abweichend von der oben ausgeführten Ansicht, daß ein Erwerb des unmittelbaren Besitzes für den Vertretenen allein durch den Besitzdiener möglich sei, nimmt Biermann[2]) den Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch einen Vertreter auch in dem Falle des § 854 Abs. 2 an. § 854 Abs. 2 bestimmt:

„Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben."

Biermann geht davon aus, daß hier der Besitz allein durch die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, vorausgesetzt, daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, erworben werde. Er erklärt den Besitzerwerb im Falle des § 854 Abs. 2 schlechtweg für ein Rechtsgeschäft und wendet demzufolge auf dieses Rechtsgeschäft die Grundsätze über Stellvertretung bei Rechts-

[1]) s. darüber auch die Ausführungen von Jung, Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf nach dem Inkrafttreten des BGB. in Goldschmidts Zeitschrift 47, 205/06.

[2]) Biermann § 854, 3, § 855, 2.

geschäften an. Diese Auffassung, daß hier Besitzerwerb ein Rechtsgeschäft, der Besitz demzufolge auch ein derivativer sei, ist abzuweisen. Zuzugeben ist, daß der nach § 854, 2 erlangte Besitz insoweit abhängig ist vom Besitz des Veräußerers, als dieser selbständiger Inhaber gewesen sein muß, da eine Einigung mit dem Besitzdiener nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht genügen würde, während bei dem Besitzerwerb nach § 854, 1 dieser Besitz völlig unabhängig ist vom Besitz des Vormannes. Diese Abhängigkeit vom Besitz des Veräußerers rechtfertigt aber noch nicht, diesen Besitzerwerb als eine successio in possessionem aufzufassen.[1])

Der Besitz muß stets, da er ein tatsächliches Verhältnis darstellt, originär erworben werden.[2]) Der Käufer wird nicht Besitzer der Kaufsache, weil der Verkäufer Besitzer war und ihm die Sache tradiert, sondern weil er durch eigene Handlung die tatsächliche Gewalt über die Sache sich verschafft. Natürlich wird entsprechend der Sache die Handlung eine verschiedene sein müssen. Wenn nun § 854 Abs. 2 bestimmt: Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Besitzerwerb, wenn der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, so enthält der Abs. 2 gegenüber dem Abs. 1 keine neue Vorschrift über den Besitzerwerb, sondern Abs. 2 will nur einer zu engen Auslegung des Begriffes „Erlangen der tatsächlichen Gewalt“ vorbeugen.[3])

---

[1]) vgl. auch Lehmann 74 Nr. 4.

[2]) Die alleinige Ausnahme bildet der Besitzerwerb des Erben, hier ergibt sich der Besitz aus dem Erbrecht: Der Tote erbt den Lebendigen. Vgl. Planck § 857 Anm. 3; Biermann § 857 Anm. Abs. 3.

[3]) s. Planck § 854, 3.

Wenn auf Grund der Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers der Besitz erworben werden soll, so genügt zu der in Abs. 1 prinzipiell geforderten tatsächlichen Gewalt die Möglichkeit auf seiten des Erwerbers, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Die Einigung des bisherigen Besitzers mit dem Erwerber ist somit für den Erwerber nur Beihilfe zum körperlichen Erwerb, niemals aber Erwerbsgrund. Nun kann sich der Erwerber wohl bei der Einigung als einem Rechtsgeschäfte vertreten lassen, und die von seinem Vertreter abgegebene Erklärung wirkt entsprechend § 164 unmittelbar für den Vertretenen, er erwirbt jedoch nicht unmittelbaren Besitz auf Grund dieser Erklärung, sondern, weil er selber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Und in dieser tatsächlichen Beziehung zur Sache kann er sich auch nicht vertreten lassen; denn würde der Vertreter die tatsächliche Gewalt über die Sache auf Grund der Einigung erhalten, so wäre sofort der Besitz des Vertretenen ausgeschlossen, der Vertreter würde unmittelbarer Besitzer sein, da es nach dem BGB. nicht möglich ist, „eine Sache derart innezuhaben, daß ein anderer als Besitzer gilt", es sei denn als Besitzdiener.[1])

Nicht direkt von einer Vertretung beim Erwerb des unmittelbaren Besitzes nach § 854 Abs. 2 sprechen Strohal und Leonhard; beide nehmen jedoch an, daß ein anderer als der Erwerber an der Einigung mitwirken könne, und halten den Erwerb des unmittelbaren Besitzes für einen Dritten im Sinne eines Vertrags zugunsten Dritter für möglich.[2]) Auch

---

[1]) Leonhard a. a. O. 59.

[2]) Strohal a. a. O. 86ff.; Leonhard a. a. O. 58ff.

dieser Ansicht ist m. E. nicht beizutreten, da bei dem Besitzerwerb auf Grund des § 854 Abs. 2 das Gesetz neben der Einigung den eigenen Willen des Erwerbers zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt fordert. Wenn Strohal und Leonhard ihre Ansicht gerade damit stützen, daß das BGB. zum Besitzerwerb nicht notwendig einen Willen des Erwerbers fordere, so ist dies im Prinzip richtig, das Gesetz hat aber dadurch, daß es einen Besitzerwerb ohne Besitzwillen anerkennt, durchaus nicht den Grundsatz aufstellen wollen, daß es nunmehr bei dem neuen — wenigstens im Gegensatz zum römischen Recht und gemeinen Recht — gebildeten Besitzbegriff auf einen Besitzwillen überhaupt nicht mehr ankomme. Wo eine tatsächliche Gewalt vorhanden ist, wird mit Recht von dem Erfordernis des Besitzwillens abgesehen.[1]) Das BGB. verlangt nicht „neben" der tatsächlichen Gewalt den Besitzwillen, wohl aber muß in den Fällen, wo ein solcher Zustand, wie ihn das Gesetz mit tatsächlicher Gewalt bezeichnet, noch nicht vorhanden ist, zur Begründung der tatsächlichen Gewalt der Wille des Erwerbers hinzukommen. Erst dieser Besitzwille bringt den Gegenstand in Beziehung zu der Person des neuen Erwerbers und stellt so einen Zustand her, der den Erfordernissen der tatsächlichen Gewalt genügt.[2]) Ist der Erwerber in der Lage, die tatsächliche

---

[1]) Abweichender Ansicht ist Endemann a. a. O. 154/55, nach dem Kinder und Geschäftsunfähige nur Besitzhalter, nicht Besitzer sind.

[2]) Über das Erfordernis des Willens beim Besitzerwerb vgl. Planck § 854 Anm. 2 Abs. 3; Biermann § 854, 2a; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts auf der Grundlage des BGB. II § 187 I 3; auch Strohal und Leonhard betonen an anderer Stelle, daß unter gewissen Umständen auch heute noch der Wille zum Besitzerwerb notwendig ist; so sagt Leonhard 69: „Der innere Wille des Besitzers

Gewalt über die Sache auszuüben, und faßt den darauf bezüglichen Willen, so erlangt er Besitz auf Grund der Möglichkeit, die tatächliche Gewalt auszuüben, und nicht auf Grund der von einem anderen, sei es mit oder ohne Vollmacht abgeschlossenen Einigung mit dem bisherigen Besitzer. Diese Einigung ist nur, wie oben bei Biermanns Widerlegung ausgeführt, die Beihilfe zum körperlichen Erwerb und nicht der Erwerbsgrund, demnach eine Vertretung bei der Einigung, nur eine Vertretung bei einer Beihilfshandlung.[1])

Da wir also der Ansicht, daß auch im Falle des § 854, 2 eine Vertretung beim Erwerb des unmittelbaren Besitzes möglich ist, nicht beipflichten können, so kommen wir wieder zu unseren bereits aufgestellten Sätzen:

1. Eine Vertretung im Erwerb des unmittelbaren Besitzes ist nur möglich durch den Besitzdiener (§ 855).

2. Der Kommissionär ist nie Besitzdiener, demzufolge kann nie durch ihn unmittelbarer Besitz erworben werden.

---

kann insofern in Betracht kommen, als er eben zur Herstellung der tatsächlichen Gewalt notwendig ist", und Strohal 67: „denn wenn auch nicht überall, so wird doch in zahlreichen Fällen die Entscheidung der Frage, ob die tatsächliche Gewalt über eine Sache begründet worden ist, von dem Dasein eines auf die Erlangung derselben gerichteten Willens und von dem Maße der Betätigung dieses Willens abhängig sein". Es liegt nun m. E. kein Grund vor, warum gerade im Falle des § 854 Abs. 2, wo eine tatsächliche Gewalt ersichtlich noch nicht vorhanden ist, eine Ausnahme gemacht und das Erfordernis des Besitzwillens und seiner Betätigung gestrichen werden soll. Der Grund, der solchen Verträgen zugunsten Dritter entgegensteht, ist eben zu finden in dem Erfordernis des Besitzwillens. Vgl. Strohal 87 Zeile 17 v. o.

[1]) Dieser Ansicht ist wohl auch Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 18, 1, wenigstens lehnt er einen Besitzerwerb als successio in possessionem entschieden ab.

Der Besitzbegriff in dieser Ausgestaltung, die eine Vertretung im Erwerb prinzipiell ausschließt, ist eine auf deutschrechtlichen Grundsätzen sich aufbauende Neuschöpfung des BGB.; noch nach dem 1. Entwurf des BGB. und dem diesem zugrunde liegenden römisch-gemeinen Rechte war eine solche Vertretung im Besitzerwerb zulässig.

Abgesehen von der römisch-rechtlichen Innehabung durch Hauskinder und Sklaven, kannten das römische und gemeine Recht sowie der 1. Entwurf zum BGB. eine Innehabung des Freien, die keine possessio war. Der Besitzbegriff war geregelt nach ganz anderen Grundsätzen als heute, die possessio sollte vor allem dienen als Fundament für den Eigentumserwerb,[1]) und deshalb gehörte zum Besitz nicht nur das corpus, sondern vor allem der animus rem sibi habendi. Maßgebend war die Willensrichtung des die Sache Innehabenden, fehlte dieser animus, so sank der Inhaber zum bloßen Detentor, mochte er auch die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt haben (Mieter, Verwahrer, Leiher), er wurde nur das Werkzeug, der Vertreter, durch den der Besitzende seinen Besitz ausübte; auf diesem Wege war dann die Möglichkeit eines Besitzerwerbs durch einen Vertreter gegeben.[2])

Nach ganz anderen Grundsätzen regelte jedoch der 2. Entwurf[3]) zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dementsprechend das heutige Bürgerliche Gesetzbuch den Besitzbegriff, er soll als Grundlage für den Besitzschutz dienen; der Zweck ist, „den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung

---

[1]) s. Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. 3 Vorbem. zu §§ 797—813 und § 801 des ersten Entwurfs.

[2]) s. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 § 155; Dernburg, Pandekten § 180.

[3]) Motive zum Entwurf 3 § 797, 1.

der äußeren, tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Personen zu den Sachen zu bewahren".[1]) Wann ist nun eine Sache in ein solches Verhältnis zu einer Person gelangt, daß die Erhaltung des Rechtsfriedens die Aufrechterhaltung dieses tatsächlichen Verhältnisses verlangt? Dann, wenn die Sache in ein Verhältnis der sichtbaren Zugehörigkeit zu einer Person gelangt ist,[2]) oder wie das Bürgerliche Gesetzbuch es formuliert, wenn eine Person die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat (§ 854).[3]) Diese tatsächliche Gewalt hat aber auch derjenige erlangt, der eine von ihm innegehabte Sache gar nicht für sich besitzen will, der direkt den animus rem alteri habendi hat. Trotz dieses Willens ist er auf Grund des tatsächlichen äußeren Verhältnisses zur Sache selber Besitzer und kann den anderen nicht ohne weiteres zum Besitzer machen. Das rein tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache gilt von jetzt ab als Besitz und genießt Besitzschutz.

Durch diesen Rechtssatz werden die großen Massen der Detentoren des römischen Rechts aus ihrer rechtlosen Lage (in possessorischem Sinne) in eine vom Recht geschützte versetzt, sie werden Besitzer und genießen als solche den possessorischen Schutz, der ihnen bis dahin versagt war. Während also im römisch-gemeinen Recht mit den 3 Ausnahmen des Pfandgläubigers, Sequestors und Prekaristen nur der Eigentümer Besitzer war, sind jetzt unter anderen eine

---

[1]) Protokolle 3338.

[2]) Natürlich braucht nicht der Besitzer sichtbar zu sein, sondern es muß sichtbar, d. h. nach den Verkehrsanschauungen erkennbar sein, daß ein Zugehörigkeitsverhältnis besteht.

[3]) vgl. Strohal a. a. O. 4, der ebenfalls vor einer zu engen, rein sinnlichen Auslegung warnt.

ganze Reihe von Personen Besitzer geworden, die nicht Eigentümer sind, sondern die Sache nur auf Grund eines Rechtsverhältnisses innehaben. Was sollte nun mit dem früheren unmittelbaren Besitzer, meist den Eigentümern werden, sollte dieser seines früheren Besitzes (z. B. durch Vermietung) völlig verlustig gehen[1]) und auf diese Weise keinerlei possessorischen Schutz genießen? Das wäre zu weit gegangen, und das Bürgerliche Gesetzbuch hilft hier in der Weise, daß es in § 868 bestimmt, „so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitzer)".

Wir stoßen hier auf die zweite Art des Besitzes, den das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, auf den mittelbaren Besitz. Auch dieser mittelbare Besitzer ist wahrer Besitzer, trotzdem ihm das wichtigste Recht des Besitzers, das Recht der Eigenmacht, nicht zusteht. Dieses Recht bleibt vielmehr dem unmittelbaren Besitzer, selbst gegen den mittelbaren, da er ja die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt und auf dieser das Recht zur Eigenmacht begründet ist. So fehlt beim mittelbaren Besitz der Besitztatbestand, es findet nur statt eine Besitzwirkung,[2]) es ist demnach kein tatsächlicher Besitz nach § 854, sondern nur ein rechtlich vermittelter.

§ 3.

b) Der mittelbare Besitz.

Wir hatten oben gefunden, daß ein Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch Vertreter außer im Falle des Be-

[1]) vgl. dazu auch Strohal a. a. O. 17.

[2]) Strohal a. a. O. 29 IV; Biermann § 868 I; Planck 3 § 868[5]. Anderer Ansicht ist Cosack 2 § 185 IV[4], der den mittelbaren Besitz als auf der tatsächlichen Herrschaft über die Sache beruhend, auffaßt; s. dagegen Wendt a. a. O. 47.

sitzdieners nicht möglich ist, und werden nun in zweiter Linie zu untersuchen haben: Wie wird ein solcher mittelbarer Besitz erworben und kann dieser Erwerb durch einen Stellvertreter geschehen?

§ 868 bestimmt: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

Die Voraussetzungen zum Erwerb des mittelbaren Besitzes sind demnach:

a) Obligatorische Verpflichtung zur Herausgabe der Sache auf seiten des unmittelbaren Besitzers dem mittelbaren gegenüber. Der mittelbare Besitzer wird in der Regel der Eigentümer sein, muß es jedoch nicht sein, da auch mehrere mittelbare Besitzer hintereinander stehen können (§ 871).

b) Der unmittelbare Besitzer muß besitzen „auf Grund" dieses obligatorischen Verpflichtungsverhältnisses. Er muß sein Recht zum Besitz vom mittelbaren Besitzer ableiten. Es ist demnach erforderlich ein Besitz auf Grund des Schuldverhältnisses; nicht genügt es, wenn auf Grund des Besitzes ein Schuldverhältnis entsteht; denn nicht überall, wo ein Anspruch auf Herausgabe besteht, ist ein mittelbarer Besitz für den den Anspruch geltend Machenden begründet.[1]) Also wird kein mittelbarer Besitz vermittelt für den Käufer durch den Verkäufer, denn dieser besitzt, weil er die tatsächliche Gewalt ausübt; für den Nacherben durch den Vorerben, denn dieser besitzt auf Grund der Verfügung des Erblassers und

[1]) Strohal a. a. O. 19; auch Cosack 2 § 185 IV 4a.

nicht auf Grund seines Verhältnisses zum Nacherben; für den Verlierer durch den ehrlichen Finder usw.

Dieser mittelbare Besitz kann nun auch im Gegensatz zum unmittelbaren Besitz seiner Natur nach durch einen Stellvertreter erworben werden.[1]) Voraussetzung dazu ist, daß

a) der Vertreter den unmittelbaren Besitz der Sache erlangt, und zwar

b) auf Grund eines Rechtsverhältnisses, welches ihn dem Vertretenen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet und einem der im § 868 genannten Verhältnisse ähnlich ist.

Besteht zwischen dem Erwerber und dem anderen ein derartiges Verhältnis, und verschafft sich der Erwerber auf Grund dieses Verhältnisses den unmittelbaren Besitz in Anerkennung der Oberherrschaft des anderen, und dies tut er, indem er den Besitz im Namen des anderen erwirbt, so vermittelt er gleichzeitig im Moment der Übergabe der Sache an ihn selber dem anderen, als dem vertretenen Geschäftsherrn den mittelbaren Besitz. Vorausgesetzt ist natürlich, daß der Vertreter einverstanden ist.

Wenn sich also der Kommissionär im Namen des Kommittenten die Sache übergeben läßt und auf diese Weise sich selber den unmittelbaren Besitz verschafft, vermittelt er gleichzeitig dem Kommittenten den mittelbaren Besitz, denn er erfüllt alle Bedingungen des § 868, er steht zu dem

---

[1]) Strohal a. a. O. 71c; Leonhard a. a. O. 60; Biermann § 868[4]; Endemann a. a. O. 162a; Bekker a. a. O. 49II; Lehmann § 4[6]; Cosack 2 § 185IV; Rober § 868II; Dernburg 3 § 20III; Rümelin, Das Handeln im fremden Namen im BGB., im Archiv für die civil. Praxis 93, 263 ff.

Kommittenten in dem Verhältnis eines Verwahrers[1]) und ist als solcher bis zum Zeitpunkte der Herausgabe zum Besitz berechtigt und verpflichtet.

Diese Möglichkeit, durch einen Vertreter den mittelbaren Besitz zu erwerben, wird auch in der ganzen Literatur anerkannt, bis auf Endemann.[2]) Dieser bestreitet, daß der mittelbare Besitz originär durch Handlung des Besitzmittlers begründet werden könne, und gründet seine Ansicht darauf, daß der mittelbare Besitz immer nur entstehen könne durch Abtretung des Besitzes seitens des jetzigen mittelbaren Besitzers an den unmittelbaren, also durch eine Nachfolge des Besitzmittlers in den Besitz. Diese Auslegung ist jedoch viel zu eng gefaßt und wird deshalb von Strohal,[3]) der als Kriterium für den mittelbaren Besitz den Satz aufstellt, daß in allen Fällen der diesen Besitz vermittelnde unmittelbare Besitz ein „auf Zeit anvertrauter" sein müsse, nicht als richtig anerkannt. Strohal führt aus, daß in diesem Falle der auf Grund der Vollmacht erworbene unmittelbare Besitz als ein anvertrauter zu behandeln sei, was für den Vertretenen mittelbaren Besitz zur Folge habe.[4]) An anderer Stelle läßt auch Endemann selber ohne Nachfolge des Besitzmittlers einen mittelbaren Besitz entstehen.[5])

Wir gelangen also zu dem Resultat:

> Der Kommissionär kann an der ihm übergebenen Sache zwar nie dem Kommittenten den unmittelbaren, wohl aber den mittelbaren Besitz verschaffen.

---

[1]) vgl. HGB. § 390; ferner Cosack a. a. O. 2 § 185 IV 2c; auch Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts 11, 10.

[2]) Endemann a. a. O. 126/27.

[3]) Strohal a. a. O. 204.

[4]) Strohal a. a. O. 21c und 23 unten.

[5]) Endemann a. a. O. 162b.

§ 929 verlangt zur Eigentumsübertragung als erstes Moment die Übergabe oder die Verschaffung des „Besitzes". Wer nun unter dem „Besitz" allein den unmittelbaren Besitz versteht, kommt zu dem Resultat, daß es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unmöglich ist, durch Stellvertretung Eigentum zu erwerben, da der Stellvertreter, abgesehen vom Besitzdiener, nie in der Lage sein wird, dem Vertretenen den unmittelbaren Besitz zu verschaffen, sondern diesen zunächst in allen Fällen sich selbst erwirbt.

Alleiniger Vertreter dieser Ansicht ist Leonhard.[1]) Er verkennt nicht, daß diese Auffassung ein höchst unbefriedigendes Ergebnis liefert, das den praktischen Bedürfnissen des Lebens nicht entspricht.[2]) Denn es muß im Verkehr die Möglichkeit geben, ohne persönlich an Ort und Stelle zu sein, durch Tradition an den Vertreter Eigentum zu erwerben, und er hilft sich deshalb damit, daß er in diesen Fällen Eigentum übergehen läßt auf Grund von § 931. Dieser Paragraph bestimmt:

> „Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt."

Leonhard konstruiert nun an der Hand seiner 4 Beispiele den Vorgang in der Weise, daß der Veräußerer dem Beauftragten die Sache zu unmittelbarem Besitz übergibt und hierauf den so erlangten dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Sache an den Vertretenen abtritt. Da diese Abtretung des Anspruchs eine Willenserklärung ist, nimmt er sie mit

---

[1]) Leonhard a. a. O. 57 ff.

[2]) Leonhard a. a. O. 84.

Wirkung für den Vertretenen dessen Beauftragten gegenüber vor. Der Vertretene erlangt also Eigentum nicht auf Grund der Tradition an seinen Vertreter, sondern auf Grund der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs.[1]) Diese Konstruktion ist nicht nur, wie Leonhard zugibt, etwas künstlich, sondern sie versagt auch in einer Reihe Fällen vollständig.

Wenn Leonhard sagt, „A erklärt dem C das Eigentum übertragen zu wollen, eben auf dem Wege, der es ermöglicht. Darauf gründet sich die Einigung",[2]) so ist dem folgendes entgegenzuhalten. Es ist zwar Zweck des Privatrechts, den Parteien zu dienen, und es stellt sich, mit den wenigen Ausnahmen des zwingenden Rechts, mit seinen biegsamen Rechtssätzen den Zwecken und Absichten der Parteien zur Verfügung, so daß es diesen unbenommen ist, ihm jeden gewollten Inhalt zu geben, Erfordernis ist es aber, daß die Parteien diesen Inhalt wirklich wollen, d. h. den darauf gerichteten Willen wirklich fassen und erklären. Mag man nun dieses Erfordernis noch so sehr zugunsten Rechtsunkundiger einschränken, so daß man jeden Willen, der nur dem vom Recht verlangten ähnlich ist, als genügend auffaßt, um den Rechtserfolg herbeizuführen, so weit darf man aber nicht gehen, daß man, falls die Parteien einen Willen gefaßt haben, der zur Erreichung ihres Zwecks nicht genügt, einfach ihnen, um sie ihren Zweck erreichen zu lassen, einen anderen Willen — den vom Gesetz verlangten — unterschiebt. Der Umstand, daß die Parteien bei Gesetzeskenntnis den richtigen Willen gefaßt und auch erklärt haben würden, ändert nichts an der Tatsache, daß sie in Wirklichkeit einen ganz anderen Willen

[1]) Leonhard a. a. O. 84/85.

[2]) Leonhard a. a. O. 85 Zeile 15 v. o.

gefaßt und geäußert haben; an diesen muß man sich halten und kann nicht, den Parteien unbewußt, ihnen einen anderen Willen unterschieben.[1]) Bei dem von Leonhard gebildeten Falle wird kein Verkäufer den Willen haben, dem Vertretenen den Anspruch auf Herausgabe abzutreten, um ihm auf diesem Wege Eigentum zu verschaffen, sondern er wird ihm das Eigentum verschaffen wollen durch Tradition an dessen Vertreter; genügt dieser Wille nicht, dann bleibt eben das Eigentum beim Veräußerer.

Ferner wird in all den Fällen der sofortigen Bezahlung ein Anspruch auf Herausgabe dem Veräußerer gar nicht mehr zustehen. Nehmen wir an, daß nach Abschluß des Kaufes der Vertreter auf Grund seiner Vollmacht die gekaufte Sache bezahlt und vom Verkäufer ausgeliefert erhält, mit welchem Recht wollte dann der Verkäufer die Sache von dem Vertreter herausfordern? Er ist ja durch Zahlung des Kaufpreises für seine Forderung befriedigt und anderseits seiner Verpflichtung durch Übergabe der Sache an den Bevollmächtigten gerecht geworden. Wenn man also nicht zu weiteren künstlichen Konstruktionen greifen will, so ergibt sich, daß dem Veräußerer keinerlei zedierbarer Anspruch auf Herausgabe mehr zusteht.

Für seine Theorie führt Leonhard[2]) weiter an, daß sie auch die Interessen des Vertreters entsprechend wahre, indem auf Grund von § 936 III die etwaigen beschränkt dinglichen Rechte des Vertreters an der Kaufsache diesem erhalten bleiben, während bei einem Eigentumserwerb für den Vertretenen auf Grund von § 929 diese Rechte des Dritten an der Sache untergehen würden. Allerdings entspricht dieses

[1]) vgl. Langen a. a. O. 88/89.

[2]) Leonhard a. a. O. 87.

Resultat der Billigkeit; aber auch beim Eigentumserwerbe durch Tradition an den Stellvertreter bleiben, was Leonhard übersieht, die Rechte des Vertreters erhalten. Denn wenn auch Abs. 1 Satz 1 bestimmt: „ist die veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerb des Eigentums", so schränkt doch Abs. 2 diese Bestimmung dahin ein, daß die Rechte Dritter nicht erlöschen, wenn der Erwerber zur Zeit des Eigentumsüberganges, also zur Zeit der Übergabe in Ansehung des Rechts nicht im guten Glauben war. In unserem Falle nun läßt sich der Erwerber vertreten, für das Kennen und Kennenmüssen kommt demnach nicht sowohl sein eigenes Wissen in Betracht als das seines Vertreters (§ 166 I), und es ist wohl nicht anzunehmen, daß der Vertreter diese Reehte des Dritten, also in diesem Falle seine eigenen Rechte, nicht kennen wird. Wir gelangen demgemäß durch § 936 II zu demselben Resultat wie Leonhard.[1])

Diese ganze künstliche Konstruktion ist auch überflüssig, da der Grund, aus dem Leonhard zu ihr greifen zu müssen glaubt,[2]) nicht stichhaltig ist. Es ist nicht zu leugnen, daß das BGB. im § 929 von einer „Übergabe" spricht, während es in den §§ 930, 931, in den Fällen, in denen dem Erwerber nur der mittelbare Besitz verschafft wird, von einem „Ersatz der Übergabe" redet. Der Schluß jedoch, den Leonhard aus dieser Unterscheidung zieht, daß unter Übergabe nur die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen sei, da das Gesetz die Verschaffung des mittelbaren Besitzes nur als einen „Ersatz der Übergabe" bezeichne, ist falsch.

---

[1]) vgl. hierzu die Ausführungen bei Planck 3 § 929 b.

[2]) Leonhard a. a. O. 57/58.

Wenn das Gesetz diesen Unterschied macht, so sieht es hierbei nicht sowohl auf die Person des Erwerbers, als auf die des Veräußerers und auf dessen Besitz. Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird beherrscht von dem Grundsatz der Offenkundigkeit bei Entstehung der dinglichen Rechte. Schon bei der Begründung der begrenzt dinglichen Rechte an Fahrnis verlangt es, daß man diesen Vorgang auch äußerlich wahrnehmen könne, und schreibt vor, daß dem dinglich Berechtigten die Sache übergeben werde, damit jedermann von der vorgenommenen Rechtsänderung erfahre und erkennen könne, daß der frühere Besitzer nicht mehr voller Herr über die Sache sei. Dieses Prinzip wird nun bei Begründung des vollkommensten dinglichen Rechts, des Eigentums, noch besonders in den Vordergrund gerückt. Im Gegensatz zum Code civil, in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht und einer Anzahl früherer deutscher sowie noch geltender fremder Rechte[1]) verlangt es daher zur Eigentumsübertragung die Tradition, d. h. die Trennung der Sache von ihrem bisherigen Eigentümer, er soll seinen Besitz aufgeben, zugunsten des neuen Erwerbes. Ein weiteres Behalten des Besitzes würde mit der Veräußerungserklärung im Widerspruch stehen, da alsdann der Veräußerer zugleich Eigentum übertragen und das übertragene Eigentum verletzen würde.[2])

Der Veräußerer muß also dem Prinzip nach seinen Besitz zugunsten des Erwerbers aufgeben; eine strikte Durchführung dieses Grundsatzes würde jedoch vielfach den Verkehr hemmen, und aus diesem Grunde hat das Bürgerliche Gesetzbuch, als

---

[1]) Preuß. ALR. I 9 § 6 I, 10 § 1; sächs. BGB. § 253; bayr. LR. II 3 § 7; österr. GB. §§ 425, 426; schweiz. ObligR. § 199; holländ. GB. Art. 639; contra code civil Art. 711, 1138.

[2]) Motive zum Entwurf 3, 334.

ein Recht für Handel und Verkehr, in den §§ 930, 931 die Ausnahme zugelassen, daß ein Eigentumsübergang auch zulässig sein soll ohne Tradition, ohne äußerlich sichtbaren Besitzwechsel. Wenn nun das Gesetz in diesem Falle von einem Ersatz der Übergabe spricht, so sieht es den Gegensatz zur Übergabe nicht darin, daß dem Erwerber nur der mittelbare Besitz verschafft wird — es besteht ja sogar die Möglichkeit, daß der Erwerber nicht einmal mittelbarer Besitzer wird im Fall des § 934, wenn der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer war —, sondern darin, daß der Eigentumsübergang sich nicht zeigt im Besitzwechsel. Es findet den Unterschied also nicht in der Wirkuug, sondern in der Form. Und diese vom Gesetz verlangte Form, die reale Trennung der Sache vom Veräußerer ist erfüllt in der Übergabe der Sache an den Stellvertreter. Erlangt auch hier der Vertretene nur den mittelbaren Besitz, so ist doch ein Besitzwechsel vor sich gegangen, der Veräußerer hat zugunsten des neuen Erwerbers seinen Besitz aufgegeben und der Vertreter im Namen des Vertretenen sich den unmittelbaren Besitz verschafft. Dem Erfordernis der in § 929 verlangten Übergabe ist demnach genügt in dem Moment, in dem die Sache dem Vertreter übergeben wird.[1])

[1]) Ebenso Biermann § 929, 2aγ.; Planck 3 § 929 6. Beide berufen sich zur Unterstützung ihrer Ansicht noch auf ZPO. § 897 I, wonach, wenn der Schuldner zur Übertragung des Eigentums oder zur Bestellung eines Rechtes an einer beweglichen Sache verurteilt ist, die Übergabe der Sache als erfolgt — also nicht als „ersetzt" — gilt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt. Ferner Langen a. a. O. S. 93, 94; Dernburg 3 § 100 II 1; Rümelin a. a. O. S. 361, 362. Im Ergebnis ebenso Cosack 2 § 198 II, der zwar unter Übergabe die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes versteht, es jedoch für genügend hält, wenn für den Erwerber sein Vertreter den unmittelbaren Besitz erlangt.

Wir gelangen demnach für unsere Untersuchung zu dem Resultat:

1. Der Kommissionär verschafft in offener Stellvertretung dem Kommittenten den mittelbaren Besitz in der Kaufsache;
2. dieser mittelbare Besitz genügt zur Erfüllung der in § 929 geforderten Übergabe.

§ 4.

B. Abschluß der Einigung durch Stellvertreter.

Als zweites, der Übergabe gleichwertiges Erfordernis der Eigentumsübertragung verlangt § 929 in allen Fällen die Einigung des Eigentümers mit dem Erwerber darüber, daß das Eigentum übergehen solle. Diese Einigung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft, ein auf Herbeiführung einer dinglichen Wirkung gerichteter Vertrag — dinglicher Vertrag —, auf den die §§ 164—181 über Vertretung bei Willenserklärungen entsprechend Anwendung finden.[1])

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist nur die sogen. offene oder direkte Stellvertretung geregelt, d. h. der Vertretene muß seine Erklärung im Namen des Vertretenen innerhalb der ihm erteilten Vertretungsmacht abgeben. Tut er dies, so scheidet seine Person hinsichtlich der Wirkung seiner Erklärung völlig aus, die Wirkung tritt allein ein für und gegen den Vertretenen. Der Kommissionär kann also für den Kommittenten in offener Stellvertretung die Einigung mit dem

[1]) Planck 3 § 929[3]; Leonhard a. a. O. 2; Rümelin a. a. O. S. 181 und 190 ff.; Dernburg 3 § 100 I[2]; vgl. dazu aber auch Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich in Jherings Jahrbüchern 27, 392 ff.

Veräußerer dergestalt vornehmen, daß die Rechtswirkung unmittelbar für den Kommittenten eintritt. Aus diesem Satz in Verbindung mit dem über die Übergabe Ausgeführten ergibt sich somit das Resultat:

Der Kommissionär verschafft, wenn er in offener Stellvertretung des Kommittenten

1. sich die Kaufsache übergeben läßt und
2. die Einigung vornimmt, in dem Moment der Übergabe dem Kommittenten unmittelbar Eigentum an der Kaufsache.

Betrachten wir noch kurz die anfangs ausgeschiedenen drei Abarten der Grundform der Eigentumsübertragung durch Tradition in den Fällen der §§ 929 II, 930, 931. Alle drei Fälle haben das Gemeinsame, daß bei ihnen das Erfordernis der Übergabe, die reale Trennung der Sache vom Veräußerer, fortfällt, teils, weil die Trennung schon vorhanden ist, so in § 929 II und § 931, teils weil das Gesetz aus Verkehrsrücksichten ausnahmsweise von dem Erfordernis der Trennung absieht und zuläßt, daß auf Grund besonderer Vereinbarungen die veräußerte Sache trotzdem bei dem Veräußerer verbleibt.

Falls also der Kommittent sich bereits im Besitze der Sache befindet, so ist nur noch die Einigung mit dem Veräußerer erforderlich; in dem Moment, wo der Kommissionär diese in Stellvertretung des Kommittenten vornimmt, erwirbt dieser auch das Eigentum. Desgleichen handelt es sich in den Fällen der §§ 930, 931 nur um eine Vertretung im Willen. Der Kommissionär hat im Namen des Kommittenten die Einigung und das entsprechende weitere Rechtsgeschäft (des constitutum possessorium resp. die Zession) vorzunehmen. Im Moment des Abschlusses beider Rechtsgeschäfte erwirbt der Kommittent unmittelbar das Eigentum an der Kaufsache.

III. Der Kommissionär erwirbt das Eigentum sich selber.

§ 5.

Der Kommissionär kann aber auch sein Verhältnis zum Kommittenten gar nicht hervortreten lassen und, wie er den Kaufvertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat, so auch dem Dritten erkennbar im eigenen Namen den dinglichen Vertrag abschließen. Durch die Übergabe der Kaufsache an ihn wird er Eigentümer derselben, wenn auch obligatorisch verpflichtet, das Eigentum an den Kommittenten weiter zu übertragen. Dies kann geschehen durch Übergabe oder Übersendung der Sache, durch constitutum possessorium, das der Kommissionär entsprechend § 181, da es sich ausschließlich um die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Kommittenten gegenüber handelt, mit sich selber abschließen kann, sowie ferner durch Indossierung der Konnossemente, Lager- oder Ladescheine.

Bei Übersendung der Kaufsache an den Kommittenten erwirbt dieser das Eigentum daran in dem Moment der Ankunft bei ihm. Wählt der Kommissionär zur Eigentumsübertragung den Modus des constitutum possessorium, so ist zum Eigentumsübergang notwendig, daß der Wille des Kommissionärs zur Übereignung und Begründung eines Rechtsverhältnisses, das den Erfordernissen des § 930 genügt, indem es dem Erwerber den mittelbaren Besitz verschafft, äußerlich kenntlich werde. Das Eigentum geht daher spätestens auf den Kommittenten über, wenn er vom Kommissionär die Nachricht erhält, daß dieser für ihn die Ware in Verwahrung genommen habe. Er kann jedoch schon früher Eigentümer

werden, wenn der Kommissionär die Kaufsache äußerlich erkennbar als dem Kommittenten gehörig bezeichnet, z. B. durch Anschreiben des Namens an die Säcke, Eintragung in seine Handelsbücher auf Konto des Kommittenten, Nehmen in besondere Verwahrung. Das Eigentum würde dann in dem Augenblick auf den Kommittenten übergehen, in dem der Kommissionär die Kenntlichmachung vornimmt.

Geht die Übertragung durch Konnossemente, Lager- oder Ladescheine vor sich, so ist zum Eigentumserwerb für den Kommittenten erforderlich, daß der Kommissionär das Papier indossiert und der Kommittent in den Besitz des indossierten Papiers gelangt. Sollte das Papier nicht auf den Namen oder an die Order des Kommissionärs sondern blanko gestellt sein, so fällt natürlich das Indossament weg und es bleibt als einziges Erfordernis zum Eigentumserwerb die Erlangung des Besitzes. Auch hier gilt der Grundsatz, daß der mittelbare Besitzer auch Besitzer ist, und dementsprechend kann die Übergabe des Papiers durch constitutum possessorium ersetzt werden.

Während in diesem Falle keine Zweifel über den Eigentumserwerb herrschen, und auch im erst behandelten Fall, in welchem der Kommissionär als offener Stellvertreter auftrat, in der Literatur nur darüber gestritten wird, auf welchem Wege, keineswegs darüber, ob Kommittent Eigentum erwirbt, in beiden Fällen demnach feststeht, wer durch die Tradition Eigentümer wird, gehen in dem in folgendem zu behandelnden Fall die Meinungen weit auseinander.

IV. Der Kommissionär läßt sich die Kaufsache übergeben, ohne daß dem Dritten erkennbar wird, ob er im eigenen oder in dem Namen des Kommittenten handelt.

§ 6.

Anwendungsgebiet und Inhalt des § 164.

A. Wir kommen hier zu der im Anfang unserer Ausführung gestreiften Streitfrage, ob der Kommissionär durch die Übergabe der Ware an sich dem Kommittenten unmittelbar Eigentum verschaffen kann, auch wenn er diese Absicht dem Dritten bei Abschluß des dinglichen Vertrags nicht kundgegeben hat. Es ist also die Frage, ob, wenn der Kommissionär für den Dritten nicht erkennbar im Namen des Kommittenten gehandelt hat, der Wille des Kommissionärs, für den Kommittenten unmittelbar Eigentum zu erwerben, auch genügt, um den gewollten Rechtserfolg herbeizuführen, oder ob dieser Wille, um rechtserheblich werden zu können, gerade dem Dritten gegenüber erklärt werden muß.

Die Ansicht der einen[1]) geht dahin, daß in diesem Falle allein der Kommissionär Eigentum erwerbe, sein Wille, für den Kommittenten unmittelbar Eigentum erwerben zu wollen, komme nicht in Betracht, da er es unterlassen habe, dem Dritten gegenüber so aufzutreten, daß dieser daraus entnehmen

---

[1]) Planck, Komm. 1 § 164 Abs. 2; Leonhard a. a. O. 2 ff.; Biermann, Sachenrecht § 855 Nr. 2; Enneccerus, Bürgerl. Recht 1 § 88; wohl auch v. Staudinger, Komm. zum BGB. für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz § 164 Abs. 2; Rehbein, Komm. zum BGB. § 164 Abs. 3.

mußte oder konnte, daß er nicht im eigenen Namen sondern für den Kommittenten Eigentum erwerben wolle. Die Vertreter dieser Ansicht verlangen demnach, daß der Vertretungswille dem Dritten mitgeteilt werde. Die anderen[1]) glauben von diesem Erfordernis, daß gerade dem Dritten gegenüber die Stellvertretungsabsicht erklärt werden müsse, unter Umständen absehen zu können, und lassen dann bei vorliegendem Willen des Kommissionärs den Kommittenten unmittelbar Eigentum erwerben.

Zu welchen harten und für das Verkehrsleben fast unbrauchbaren Resultaten die erstgenannte Ansicht führt, ersieht man am besten aus dem von Eck[2]) in seinen Vorträgen aufgestellten und dann von Planck[3]) übernommenen und weiter ausgeführten, berühmt gewordenen Beispiele der Hausdame, die in Vollmacht, ohne diese jedoch erkennen zu geben, silberne Löffel kauft, mit dem Geld des Auftraggebers bezahlt und, ehe sie die Löffel dem Auftraggeber übergeben kann, stirbt. Nach der Ansicht Plancks und der übrigen Anhänger dieser Theorie[4]) gehören die Löffel in die Nachlaßmasse der Hausdame, bricht Konkurs aus, in die Konkursmasse. Der Auftraggeber hat wohl ein Forderungsrecht an die Hausdame und ihren Nachlaß, das Eigentum aber an den

---

[1]) Eck, Vorträge über das Recht des BGB. 179; Cosack, Bürgerl. Recht 2 § 198 II, 2b; Langen a. a. O. 98ff.; Rümelin a. a. O. 218ff.; Kober, Sachenrecht § 929 III 2; Dernburg, Bürgerl. Recht 3 § 20.

[2]) Eck a. a. O. 179.

[3]) Planck a. a. O. 164[2].

[4]) Zu diesen gehören wohl auch v. Staudinger und Rehbein; beide billigen zwar nicht das Plancksche Resultat in dem Falle der Hausdame, sie greifen aber nicht die Plancksche Theorie bezgl. der Stellvertretung an, sondern umgehen für diesen Fall die Schwierigkeit, indem sie die Hausdame als Besitzdiener auffassen; vgl. v. Staudinger § 164 Abs. 2 und Rehbein § 164 Abs. 3.

Löffeln hat die Hausdame sich selber erworben und hätte es erst weiter übertragen müssen.

Entgegen dieser an das ius strictum des Römers anklingenden Lösung der Frage hat man verschiedentlich in der Literatur versucht, eine Lösung zu finden, die dem Vertretenen die Möglichkeit des direkten Eigentumserwerbs auch in solchen Fällen bietet. Die Ahnung Ecks,[1]) der Abs. 2 des § 164 werde noch viel Staub aufwirbeln, hat sich erfüllt, und, um zu einem abschließenden Ergebnis zu gelangen, werden wir die Theorien auf ihre Richtigkeit hin prüfen müssen, die über das Anwendungs- und Geltungsgebiet der in § 164 enthaltenen Vorschriften über die Vertretung aufgestellt worden sind, um dem Vertretenen unter Umständen einen direkten Eigentumserwerb zu ermöglichen.

Wir finden zunächst die Ansicht vertreten, daß die Vorschriften des § 164 auf den Eigentumserwerb durch Tradition überhaupt keine Anwendung finden. Jung[2]) und wohl auch Endemann[3]) stehen auf diesem Standpunkte. Jung führt aus, daß Eigentumsveränderungen nicht als gewollte Rechtswirkungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen eintreten, sondern nach gesetzlichen Voraussetzungen, und dementsprechend die

---

[1]) Eck a. a. O. 179.

[2]) Jung a. a. O. 225 Anm. 64.

[3]) Endemann a. a. O. 2 § 39; nach ihm sind die allgemeinen Bestimmungen über Stellvertretung beim Besitzerwerb nicht anwendbar, da es sich nicht handele um Herstellung einer rechtsgeschäftlichen Verbindung oder Wirkung einem bestimmten Dritten gegenüber, sondern um Schaffung eines dinglich wirkenden Besitzstandes. Endemann spricht hier zwar nicht direkt vom Eigentumserwerb, da aber beim Eigentumserwerb nichts darauf Bezügliches gesagt wird, so ist anzunehmen, daß diese Ansicht auch beim Eigentumserwerb durch Tradition gelten soll; vgl. dazu noch 2 § 39 Anm. 2 und 1 § 80.

Bestimmungen über Willenserklärungen bei ihnen keine Anwendung finden können.

Eine nähere Begründung für diese Ansicht findet sich bei ihm nicht, sie dürfte vielleicht bei Jung sowohl wie bei Endemann einer nicht genügend scharf durchgeführten Unterscheidung der beiden Momente des Eigentumserwerbs — der Übergabe und der Einigung — entspringen und erinnert ihrer Konstruktion nach an die bereits im gemeinen Recht[1]) vertretene Ansicht, die Tradition sei gar kein Vertrag, vielmehr ermächtige der Veräußerer den Erwerber zu einem einseitigen Willensakt in bezug auf die übergebene Sache. Wäre dem so, dann unterläge natürlich dieser Willensakt nicht den Bestimmungen über Willenserklärungen, und es stünde einem direkten Eigentumserwerb für den Kommittenten nichts im Wege. Allein nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes gehört als gleichwertiges Moment zum Eigentumsübergang die Einigung, der consens des Tradenten und des Traditionsempfängers darüber, daß Eigentum übergehen solle. Auf dieses zweite Moment der Eigentumsübertragung, auf diesen dinglichen Vertrag müssen die gesetzlichen Bestimmungen über Vertretung bei Willenserklärungen Anwendung finden.

Anders dagegen liegt der Fall bei der Begehung von Delikten oder bei all den Handlungen, bei denen unabhängig vom Willen des Handelnden die Rechtswirkung eintritt, z. B. beim Vermischen, Verbinden, Finden. Bei diesen Handlungen,

---

[1]) vgl. Bremer, Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerb durch Stellvertreter, in Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Praxis N. F. 20, 67, Nr. 24; Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften, in Goldschmidts Zeitschr. 25, 109; sowie Windscheid 1 § 171 Nr. 3; Dernburg, Pand. § 213 Abs. 1.

wo gar keine Willenserklärung des Handelnden vorliegt und der eintretende Erfolg in keiner Weise auf den Willen des Handelnden zurückgeführt werden kann,[1]) ja selbst gegen dessen Willen eintritt, ist eine Anwendung der Vorschriften des § 164 über Stellvertretung bei Willenserklärungen völlig ausgeschlossen, nicht aber beim Eigentumserwerb durch Tradition.

So wünschenswert es also im Interesse des Verkehrs wäre, dem Vertretenen unter Umständen auch in dem Falle, in dem der Mittler seine Vertreterqualität dem Dritten gegenüber nicht kundgegeben hat, die Möglichkeit eines unmittelbaren Eigentumserwerbs zu geben, auf dem Wege der Ausschaltung der Vorschriften des § 164 gelangen wir nicht zum Ziel. Wir werden vielmehr in der Erkenntnis, daß diese Vorschriften nicht zu umgehen sind, gerade diese unserer weiteren Untersuchung zugrunde legen müssen.

B. Die einschlagende gesetzliche Bestimmung ist der Abs. 2 des § 164:

> Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Es erhebt sich die Frage: was bedeutet dieser Abs. 2 und wie ist er auszulegen. Verfolgen wir zunächst seine Entstehungsgeschichte. Er ist entstanden aus dem Bedürfnisse, das Publikum vor den in der Stellvertretung liegenden Gefahren für den Vertragsgegner zu schützen. Der Kontrahent muß sich an seinen Gegenkontrahenten halten können, dieser

[1]) Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft im 5. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, herausgegeben von R. Leonhard S. 19ff., 224ff.

darf sich seinen Verpflichtungen nicht durch die Behauptung entziehen können, er habe nicht für sich, sondern als Stellvertreter für einen andern kontrahieren wollen. An sich stünde in einem solchen Falle dem Vertreter die Anfechtung des Rechtsgeschäfts wegen Irrtums (§ 119) zu; um ihm diese Anfechtung prinzipiell abzuschneiden, ist der Abs. 2 geschaffen worden. Die Motive[1]) führen aus: „Mit der Zulassung des Einwandes, der Vertreter habe nicht für sich kontrahieren wollen, wäre der Schikane in zahlreichen Fällen Tür und Tor geöffnet. Ein Umstand, der schon jetzt die Praxis dazu geführt hat, denjenigen, der die Kundgebung des Vertretungswillens unterlassen habe, als Kontrahenten im eigenen Namen zu behandeln." Und ferner heißt es in der Denkschrift[2]): „Ist die Kundgebung unterblieben, so kann mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht kommen, vielmehr muß der Vertreter trotz dieses Mangels dem anderen so haften, wie wenn er im eigenen Namen gehandelt hätte."

Diesem Gedankengange in den Materialien,[3]) der ja allein zur Auslegung nicht ausreichen würde, entspricht aber auch der Wortlaut des Gesetzes; denn gerade aus der Absicht, unzweideutig dem Vertreter die ihm sonst zustehende Anfechtung aus § 119 ein für allemal abzuschneiden, erklärt sich die rein negative Fassung des Gesetzestextes. Wenn der Abs. 2 nicht diesen Inhalt hätte,[4]) sondern nur, wie ver-

---

[1]) Mot. 1, 226.

[2]) Denkschrift 26.

[3]) vgl. dazu auch Protokolle gedr. 2, 137/38, metallogr. 281—83.

[4]) Der Abs. 2 bezieht sich also nicht auf die Anfechtung der Erklärung seitens des Vertreters aus § 123 BGB. Im Falle der arglistigen Täuschung liegt, wenn durch das Wissen des Vertragsgegners von der

schiedentlich angenommen wird, eine bloße Auslegungsregel sein wollte, so wäre er auch völlig überflüssig, da, wie Hölder[1]) ausführt, eine Handlung, deren Vollziehung in fremdem Namen die Umstände nicht ergeben, als im eigenen Namen vollzogen auch ohne die besondere Bestimmung des Abs. 2 anzusehen wäre; denn der Inhalt jeder Willenserklärung hat die Geltung eines vom Handelnden gewollten, wenn ihr nicht aus einem besonderen Grunde die Geltung eines von einer anderen Person gewollten zukommt.

Mit Ausnahme von Kipp[2]) und Schloßmann,[3]) die

Täuschung überhaupt die Möglichkeit der Anfechtung gegeben ist, in diesem Wissen der Täuschung zugleich eingeschlossen ein Wissen von der Absicht des Kontrahenten, im Namen eines anderen handeln zu wollen, es kann also von einem nicht in Erscheinung treten des alieno nomine agere dem Dritten gegenüber nicht die Rede sein. In dem anderen Falle des § 123, wenn der Vertreter durch Drohung veranlaßt worden ist, das Vertretungsverhältnis nicht klarzulegen, wird bei der Anfechtung gar nicht der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, geltend gemacht, sondern die Drohung als solche. Ganz abgesehen davon, daß, geht die Drohung vom Vertragsgegner aus oder geschieht sie mit seinem Wissen durch einen Dritten, auch hier das beim Fall der arglistigen Täuschung Gesagte Anwendung finden würde.

[1]) Hölder, Komm. z. allgem. Teil des BGB. § 164, 2 Abs. 3.

[2]) Kipp in § 73 zu Windscheid 305/06.

[3]) Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen 2, 344 § 52. Da Schloßmann den Nachweis zu erbringen versucht, daß die heutige Lehre vom Bestehen zweier verschiedener Arten von Stellvertretung, der direkten und der mittelbaren, zwischen denen der Vertreter oder Vertretene beliebig wählen könne, und deren Wirkung sich nach deren Willen bestimme, und die sich nach der äußeren Art des Auftretens des Vertreters und nach ihrer materiellen Wirkung unterscheiden sollen, falsch, die Begriffe Handeln im eigenen Namen und fremden Namen in der Fassung der herrschenden Lehre und der neueren Gesetzbücher inhaltlos seien, sowie

trotz des Angeführten eine Anfechtung aus den allgemeinen Gründen mangelnden Willens auch im Falle der nicht erkennbar gewordenen Stellvertretungsabsicht für den Vertreter nicht für ausgeschlossen halten, ist die entwickelte Ansicht, daß mit dem Abs. 2 dem Vertreter in einem solchen Falle jegliche Anfechtung aus Irrtum [1]) abgeschnitten werden, soll im allgemeinen anerkannt werden.[2])

Diese Untersuchung über den Inhalt des Abs. 2 hat sich notwendig gemacht, weil man aus seinen Worten noch manches andere als das oben Ausgeführte hat herauslesen wollen. Man hat die negative Formulierung benützen wollen, um durch Interpretation auf diesem Wege eine Möglichkeit des unmittelbaren Eigentumserwerbes für den Vertretenen zu konstruieren.

---

der Begriff Vollmacht (Vertretungsmacht) auf Tautologie beruhe (a. a. O. 1, 34ff.), so geht er in den meisten Fällen auf die positiven Bestimmungen des Gesetzes, die unserer Untersuchung zugrunde liegen, gar nicht ein, sondern beschränkt sich darauf, die abweichende Absicht des Gesetzes festzustellen. Eine Widerlegung der Schloßmannschen Angriffe bei Rümelin a. a. O. S. 134ff., 298ff.; Manigk a. a. O. 239ff.

[1]) Von den Bestimmungen des Abs. 2 werden natürlich sinngemäß nicht die Fälle getroffen, wenn der Kommissionär erkennbar im Namen eines anderen handelt, aber in der von ihm dem Dritten gegenüber als Geschäftsherrn genannten Person sich geirrt hat, sowie wenn er gar nicht im fremden Namen handeln wollte, seine Erklärung aber irrtümlicherweise diesen Sinn hatte. In beiden Fällen ist eine Anfechtung der abgegebenen Erklärung wegen Irrtums gegeben, und zwar ist trotz § 166 der Anfechtungsberechtigte der Kommissionär, eine nachträgliche Genehmigung des irrtümlich als Geschäftsherrn Genannten, die dem Kommissionär die Anfechtung abschneiden würde, ist ausgeschlossen.

[2]) Planck a. a. O. § 164, 2; Eck a. a. O. 179; Leonhard a. a. O. 26; Enneccerus I § 88; Staudinger § 164, 3; Cosack 1 § 66 Ic.

Eck in seinen Vorträgen[1]) legt den Abs. 2 dahin aus, daß der Vertreter, der das Vertretungsverhältnis dem Dritten gegenüber nicht kundgetan habe, zwar diesem gegenüber sich nicht darauf berufen könne, es sei im Namen eines anderen verhandelt worden, vielmehr habe der Vertragsgegner das Recht, das Geschäft des Handelnden als dessen eigenes anzusehen, daß aber außerhalb des Verhältnisses zwischen den beiden Kontrahenten der nicht erkennbare Vertreterwille in Betracht gezogen werden müsse. Wenn also einerseits der Wille des Vertreters vorgelegen habe, für den Vertretenen unmittelbar Eigentum zu erwerben, und anderseits kein Interesse des Dritten vorliegt, das abgeschlossene Geschäft als das eigene des Vertreters anzusehen, dann soll einer Wirkung des nicht kundgegebenen Vertreterwillens nichts im Wege stehen und der Vertreter unmittelbar Eigentum erwerben.

Diese Ecksche Auslegung ist in der Literatur aus verschiedenen Gründen lebhaft bekämpft worden. Planck[2]) wendet gegen sie ein, daß sich dann weitere Sätze zur Sicherung des Interesses des Dritten, sowie auch des Vertreters notwendig gemacht haben würden. Dieser Einwand wäre richtig, wenn die in der 2. Kommission gemachten Vorschläge,[3]) daß sämtliche vom Vertreter für Rechnung des Vertretenen, jedoch im eigenen Namen erworbene Sachen und Rechte unmittelbar auf den Vertretenen übergehen sollten, der Vertreter demnach stets für den Vertretenen unmittelbar erwerben müßte, wirklich Gesetz geworden wären, dann hätten sich unbedingt weitere Bestimmungen zum Schutze des Dritten sowie des Vertreters notwendig gemacht. Das Bürgerliche

[1]) Eck a. a. O. S. 179, 180.

[2]) Planck § 164.

[3]) Prot. 2. Lesung gedr. 2, 360 ff., metallographiert 2302—2312.

Gesetzbuch hat jedoch solche Vorschriften nicht aufgenommen, und die Eckssche Auslegung des § 164 besagt nur, daß der Vertreter unter Umständen für den Vertretenen Eigentum unmittelbar erwerben kann, keineswegs muß. Nach Eck findet dieser unmittelbare Eigentumsübergang erst dann statt, wenn der Vertreter den unmittelbaren Eigentumsübergang will und diesem unmittelbaren Eigentumsübergange kein Interesse des Dritten entgegensteht. Wozu bei einem auf diesen Voraussetzungen beruhenden unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen noch Sätze zur Sicherung des Interesses des Dritten sich nötig machen sollen, ist nicht einzusehen.[1])

Auch Leonhard[2]) und Enneccerus[3]) bekämpfen die Ecksche Ansicht vom Standpunkte des Schutzes der Interessen des Dritten oder des Vertreters aus und verkennen ebenso wie Planck, daß Eck gar nicht für einen unbedingten unmittelbaren Erwerb des Eigentums seitens des Vertretenen eintritt, sondern nur den Satz aufstellt, daß der Vertreter dem Vertretenen unmittelbar Eigentum unter obigen Prämissen erwerben könne, auch wenn er diese seine Absicht dem Drittkontrahenten nicht kundgegeben habe.

Von dieser Seite aus wird man also gegen Eck nichts einwenden können, man wird vielmehr feststellen müssen, daß gerade seine Auslegung den Interessen aller drei Beteiligten gerecht wird. Der Dritte wird durch sein Recht, das Ge-

[1]) Gegen Planck auch Langen a. a. O. 104 Anm. 1, der mit Recht darauf hinweist, daß es sich nicht handle um Rechte, die der Beauftragte im eigenen Namen nur für Rechnung des Auftraggebers erwerben wollte, sondern um Rechte, welche der Beauftragte dem Auftraggeber direkt erwerben wollte, ohne daß er aber diese Absicht dem Drittkontrahenten kund gab.

[2]) Leonhard a. a. O. 12ff.

[3]) Enneccerus a. a. O. § 88 Abs. 2.

schäft als das eigene des Vertreters anzusehen, gegen die Gefahren, die in der Stellvertretung liegen können, genügend geschützt. Anderseits kann der Vertreter je nach den Umständen so handeln, wie er es in seinem Interesse für geboten hält, und dem Vertretenen ist die Möglichkeit gegeben, jederzeit durch Vereinbarung mit dem Vertreter die Art des Übergangs der zu erwerbenden Rechte regeln zu können.

Aber trotzdem diese Theorie den praktischen Bedürfnissen entspricht, werden wir ihr doch aus einem anderen Grunde nicht beistimmen können. Eck gelangt zu seinem Resultate nur dadurch, daß er die Worte des Gesetzes: „So kommt der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht“ nur auf das Verhältnis des Vertreters zum Drittkontrahenten bezogen wissen will. Er schiebt also in den Gesetzestext dem Sinne nach die Worte ein: „dem Geschäftsgegner gegenüber“. So brauchbar das hierdurch erzielte Ergebnis auch wird, diese Brauchbarkeit allein kann eine so willkürliche einschränkende Auslegung nicht rechtfertigen. Im Wortlaute des Gesetzes ist sie auf jeden Fall nicht enthalten, auch aus der Entstehungsgeschichte läßt sie sich nicht ableiten, und durch die negative Fassung des Gesetzestextes, die vielleicht neben dem erwünschten Resultat Eck zu seiner Auslegung veranlaßt haben mag, läßt sie sich auch nicht begründen, da, wie wir gesehen haben, diese rein negative Formulierung nur durch das Bestreben entstanden ist, möglichst deutlich dem Vertreter jegliche Anfechtung seiner Erklärung wegen irrtümlich nicht hervorgetretenen Vertretungswillens abzuschneiden.

Einen ähnlichen Gedanken wie Eck hatte auch Cosack in seiner 1. Aufl.[1]) entwickelt. An seinem Beispiel: Der Kurier

[1]) Cosack, Lehrbuch des BGB. 1[1], 217.

eines Fürsten bestellt im Gasthofe, ohne den Namen des Fürsten zu nennen, Zimmer, führt er aus, daß hierdurch konkurrierende Rechtsbeziehungen des Gastwirts sowohl zum Vertreter als auch zum Vertretenen entstünden, daß Fürst und Kurier solidarisch berechtigt und verpflichtet seien. Cosack gibt dem Dritten die Wahl, an wen er sich halten will, ob an den Vertreter oder an den Vertretenen,[1]) andererseits entstehen aber dem Dritten auch zwei Gläubiger, von denen er sich in Anspruch nehmen lassen muß.

Diese Theorie ist unhaltbar, und auch Cosack hat dies wohl selber eingesehen, denn in seiner neuesten Auflage hat er sie nicht mehr aufgestellt.[2]) Gegen sie ist zunächst anzuführen, was bereits bei der Abweisung der Eckschen Theorie zu sagen war; hier mag nur noch auf die praktische Ungerechtigkeit, zu der sie im Gegensatz zu der Eckschen Theorie führt, hingewiesen werden. Es ist eine mit nichts zu begründende Verbesserung der Lage des Dritten, der geglaubt hat, mit A zu kontrahieren, wenn er auf einmal neben A auch den B als Schuldner erhält, und umgekehrt heißt es seine Lage beträchlich verschlechtern, wenn er geglaubt hat, der Schuldner des A zu werden und soll sich nun auch noch von B in Anspruch nehmen lassen.

---

[1]) Derselben Ansicht ist auch Kipp a. a. O. Anm. zu § 73. Wie sich Eck zu dieser Mithaft des Vertretenen stellt, ist bei seiner knappen Fassung nicht klar ersichtlich; Leonhard a. a. O. 12 nimmt an, daß Eck derselben Ansicht sei. M. E. ist dies nicht der Fall, hätte er dies sagen wollen, so wäre dies unzweideutig auszusprechen gewesen. Eine notwendige Konsequenz der Eckschen Ansicht ist diese Mithaftung des Vertretenen jedenfalls nicht, abgelehnt wird diese Mithaftung des Prinzipals ausdrücklich von Mitteis, Lehre von der Stellvertretung 310.

[2]) Cosack, Lehrbuch des BGB. 1[4], § 66 I, 1c.

Wir gelangen somit zu dem Ergebnis, daß weder auf dem Wege der Ausschaltung des § 164 noch durch die von Eck und Cosack vorgeschlagene einschränkende Auslegung des Abs. 2 dieses Paragraphen dem Vertreter die Möglichkeit gegeben ist, für den Vertretenen unmittelbar Eigentum zu erwerben, wenn er seine Vertretereigenschaft nicht dem Dritten kundgetan hat.

§ 7.

Willensrichtung des Veräußerers bei der Übergabe in bezug auf die Person des neuen Eigentümers.

Die Einigung als dinglicher Vertrag setzt zu ihrer Perfektion zwei übereinstimmende Willenserklärungen der Kontrahenten voraus.[1]) Fehlt dieser consens, so kommt die Einigung nicht zu stande. Diese Willenserklärungen brauchen natürlich nicht ausdrücklich abgegeben zu werden, es genügt, daß sie aus den begleitenden Umständen sich ergeben. Es ist aber eine Erfahrungstatsache, daß die Parteien, auch wenn sie den Kaufvertrag bis ins einzelne ausführlich und ausdrücklich vereinbart haben, gerade bei der darauf folgenden Einigung beim Eigentumsübergang meist keinerlei bedeutsame rechtsgeschäftlich erhebliche Erklärungen abzugeben pflegen,[2]) sondern diese Erklärung durch die Tatsache der Übergabe und Empfangnahme ersetzen. Es ist daher notwendig, hieraus den Willen des Veräußerers und des Em-

---

[1]) l. 1 § 2 D. 2, 14 (Ulpianus) pactio est duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

[2]) vgl. Leonhard a. a. O. 31; Planck 3, 19; sowie auch Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Jherings Jahrbüchern 36 S. 46, 72/73.

pfängers bei dieser Einigung genauer auf ihren Inhalt und ihre Richtung hin zu untersuchen.

Jeder Mensch ist ein Wollen, und dieses Wollen erhält seine Richtung durch die Interessen des Menschen, erst zu deren Verwirklichung tritt das Wollen äußerlich in Erscheinung in der Form von Willenserklärungen. Bestehen Zweifel über den Inhalt einer Erklärung, so werden wir demnach stets zu einem richtigen Resultat gelangen, wenn wir bei der Untersuchung von den jeweiligen Interessen, die den Handelnden zu seiner Handlung veranlaßt haben, ausgehen.

Was zunächst die Willensrichtung des Tradenten betrifft, so ist diese durch den Zweck seiner Handlung gegeben, er will einem andern Eigentum an der übergebenen Sache verschaffen, nicht um sich lediglich der Sache zu entäußern oder den Empfänger zu bereichern, sondern um sich von seiner im Kaufvertrag eingegangenen Verbindlichkeit, dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen, hierdurch zu befreien.

Sein Wille ist also darauf gerichtet, einem anderen Eigentum zu verschaffen; daraus ergibt sich, daß dieser Übereignungswille des Veräußerers immer auf eine bestimmte Person gerichtet sein muß.[1]) Er kann nicht lediglich darin bestehen, daß der Tradent für seine Person das Eigentum an der Sache aufgibt und es dem Erwerber überläßt, nun seinerseits originär sein Eigentum an der übergebenen Sache durch Okkupation zu begründen; denn dann könnte nicht gesprochen werden von einem Eigentumsübergang auf Grund der Einigung, sondern es läge eine Dereliktion mit folgender

[1]) vgl. Sohm, Über Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer persona incerta, in Goldschmidts Zeitschrift 17, 47; Langen a. a. O. 24.

Okkupation vor. Aus diesem Satz, daß der Wille des Tradenten auf eine bestimmte Person gerichtet sein muß, darf aber nicht gefolgert werden, daß der Tradent sich die Person des Erwerbers jedesmal individuell vorstellen müsse. Das ist durchaus nicht der Fall. Er kann die Person des Erwerbers auch von irgend einem Ereignis abhängig machen, und man wird dann die Person, die durch dieses Ereignis als Erwerber bestimmt wird, als diejenige bezeichnen müssen, auf die sich der Wille des Tradenten von Anfang an gerichtet hatte.

Dieses Erfordernis der Richtung des Willens auf eine bestimmte Person ist vielfach bestritten worden, vor allem von von Scheurl.[1]) Nach ihm genügt der Wille des bisherigen Herrn der Sache, Besitz und Eigentum übertragen zu wollen, zur Tradition, ohne daß dazu eine bestimmte Richtung dieses Willens gerade auf die Person des Erwerbers gehöre.

Diese Richtung des Willens auf eine bestimmte Person muß aber vorhanden sein, da ein Vertragsabschluß mit einer unbestimmten Person undenkbar ist. Der Wille des Tradenten besteht aus einem negativen Teil, dem Willen sein Eigentum aufzugeben, und einem positiven Teil, dem anderen das Eigentum zu übertragen. Dieser positive Teil ist nicht denkbar ohne einen Träger für das Recht, das übertragen werden soll, der Tradent kann nicht ins Blaue hinein Eigentum übertragen wollen, sein Wille muß, um einen Sinn zu haben, auf eine bestimmte Person gerichtet sein, nur braucht er sich diese Person nicht individuell vorzustellen.

Zum Beleg dieser Ansicht können wir zurückgreifen auf das gemeine Recht sowie die römischen Quellen. Wir finden

---

[1]) von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts 1 S. 205 ff., 212.

hier als Beispiel den iactus missilium.[1]) Der Wille des die Münzen Werfenden ist, wenn auch nicht auf eine individuell vorgestellte, so doch auf eine bestimmte Person gerichtet, auf diejenige, die die Münze ergreifen wird: vult, quod quisque exceperit eius esse. Der Wille des iactans ist durchaus kein Deliktionswille, Gajus setzt ausdrücklich hinzu: statim eum dominum efficit.[2]) Wie hier der Tradent von der Tatsache des Ergreifens die Person des Erwerbers abhängig macht, und an diese allein von Anfang an seine Offerte gerichtet hat, wenn auch dieser eine erst durch das Ergreifen der Münze als dieser eine sich hinstellt, so kann er ebenso gut die Person des Erwerbers von der Entschließung des Traditionsempfängers, ob dieser für sich oder für einen anderen Eigentum erwerben will, abhängig machen; die Person, für die der Empfänger das Eigentum erwerben will, erwirbt dann mit dem Willen des Veräußerers. Im gemeinen Recht war diese traditio ad incertam personam, oder genauer ausgedrückt, diese Offerte an eine persona incerta mit folgendem Vertragsabschluß mit dem nun zu einer persona certa gewordenen Vertragsgegner ausdrücklich anerkannt,[3]) es unterliegt aber keinem Zweifel, daß eine solche traditio ad incertam personam, obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch hierüber schweigt, auch heute noch zulässig ist, da solche Traditionen in unserem Verkehrsleben alltäglich vorkommen und kein im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellter Grundsatz ihnen entgegensteht.

---

[1]) l. 9 § 7 D. 41, 1 (Gajus).

[2]) vgl. dazu Sohm a. a. O. 51.

[3]) Windscheid 1 § 172 Abs. 4; Mitteis a. a. O. S. 124, 138; Hölder, Pandekten 296.

Der Wille des Veräußerers kann also unter Umständen dahin gehen, demjenigen Eigentum übertragen zu wollen, für den der Empfänger es erwerben will. Dieser animus ad incertam personam tradendi des Veräußerers sowie das Einverständnis beider Parteien darüber muß aber jedesmal erst festgestellt werden.[1]) Es ist zu weit gegangen, wenn von verschiedenen Seiten[2]) davon ausgegangen wird, die Person des Empfängers sei dem Tradenten völlig gleichgültig, dieser habe stets den animus incertus, und daher könne der Traditionsempfänger auch ohne Klarlegung seiner Vertretungsabsicht bestimmen, wer Eigentümer durch die Tradition werden solle. Diese aufgestellte Vermutung des animus incertus auf seiten des Tradenten wird sich jedoch nicht aufrechterhalten lassen. Zuzugeben ist, daß in vielen Fällen die Person des Erwerbers dem Tradenten völlig gleichgültig sein wird, und zwar liegt dies in der Natur des dinglichen Übereignungsvertrags im Gegensatz zum obligatorischen Vertrag begründet.

Der obligatorische Vertrag läßt Rechte und Pflichten entstehen. Durch ihn verpflichtet der Kontrahent sich zu einer Leistung, er nimmt eine Verbindlichkeit auf sich, er wird Schuldner; es ist ihm daher durchaus nicht gleichgültig, wen er als Gläubiger hat, vielfach wird gerade die Person des Vertragsgegners ihn zum Eingehen der Verpflichtung mit veranlaßt haben. Umgekehrt erwirbt er durch den obligatorischen Vertrag auch Rechte, und ebenso hierbei ist es ihm nicht gleichgültig, wer sein Schulder geworden ist. Er hat ein Interesse daran, nur von seinem Vertragsgegner in An-

---

[1]) So wohl auch Windscheid 1 § 155 Anm. 7, § 172 Abs. 4.

[2]) Vor allem Brenner a. a. O. 56ff. in Lindes Zeitschrift 20; v. Scheurl a. a. O. 212ff.; Grünhut a. a. O. 429ff.; Jung a. a. O. 192ff.

spruch genommen zu werden und seinerseits sich an ihn halten zu können. Die Person des Vertragsgegners ist für ihn somit von ausschlaggebender Bedeutung, und deshalb will er allein mit diesem und mit keinem anderen kontrahieren.[1]) Zwar kann er nicht hindern, daß sein Gläubiger die aus dem obligatorischen Vertrag erworbenen Rechte an einen anderen abtritt, ihm somit einen neuen Gläubiger gibt. Dieser Gläubigerwechsel kann aber niemals zu seinem Schaden ausschlagen, denn der erste Gläubiger kann sein Recht nur so an den neuen abtreten, wie es ihm selber zustand, es gehen also mit dem Rechte nicht nur die Einwendungen, die in diesem selber begründet sind, auf den neuen Gläubiger über, sondern auch diejenigen, die in der Person des ersten Gläubigers vor der Abtretung zur Entstehung gelangt waren (§ 404).

Bei Abschluß eines obligatorischen Vertrags ist also der Wille des Kontrahenten auf die bestimmte ihm gegenüberstehende und mit ihm abschließende Person gerichtet. Will daher ein Vertreter einen obligatorischen Vertrag mit direkter Wirkung für den Vertretenen schließen, so ist er gezwungen, diese Vertretungsabsicht dem Dritten erkennbar werden zu lassen,[2]) damit dieser seinen Willen auf den Vertretenen als Gegenkontrahenten richtet und auf diese Weise der consens zustande kommt.[3])

---

[1]) vgl. Lenel a. a. O. 7 und 42; Mitteis a. a. O. 146; contra Rümelin a. a. O. 225 ff.

[2]) vgl. Mitteis a. a. O. 124.

[3]) Mit den vorstehenden Ausführungen soll jedoch nicht gesagt sein, daß die Offerte zu einem obligatorischen Vertrag überhaupt nicht an eine persona incerta gerichtet werden könne, im obligatorischen Vertrag an sich liegt vielmehr nichts, was dem im Wege stände. Das oben Gesagte resultiert nur aus dem Interesse des Kontrahenten an der Person seines Vertragsgegners; fehlt dieses Interesse, das durchaus kein

Anders steht es oder kann es wenigstens stehen mit dem Interesse des Kontrahenten an der Person des Vertragsgegners beim dinglichen Übereignungsvertrag. Dieser Vertrag ist im Gegensatze zum obligatorischen nicht bestimmt, Rechte und Pflichten unter den Parteien zu begründen,[1]) sondern erfolgt zur Erfüllung einer anderweitig eingegangenen Verbindlichkeit. Sein wirtschaftlicher Zweck für den Veräußerer ist demnach regelmäßig der, ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Und von dieser Verbindlichkeit wird er frei,[2]) sobald er dem Gläubiger aus dem obligatorischen Vertrag die Sache mit dem Willen, Eigentum zu übertragen, anbietet; ob dieser für sich oder für einen anderen die Sache annimmt, sich oder diesem anderen das Eigentum daran erwerben will, kann ihm gleichgültig sein.[3])

„essentiale" des obligatorischen Vertrags ist, so kann der Kontrahent auch seine Offerte an einen noch nicht bestimmten aber doch durch den Inhalt der Offerte bestimmbaren Vertragsgegner richten, also etwa die Bestimmung des Vertragsgegners von der Entscheidung des Mittlers abhängig machen, nur wird dieser Fall äußerst selten sein. Da der Kommissionär jedoch den Kaufvertrag im eigenen Namen abschließen muß, fällt diese Streitfrage aus dem Rahmen unserer Untersuchung und kann hier nicht weiter erörtert werden.

[1]) Dem steht nicht entgegen, daß bei Mängeln an der übergebenen Sache neue Rechte und Pflichten zwischen den Parteien entstehen können. Diese Rechte und Pflichten sind aber nicht durch den Übereignungsvertrag begründet, sondern liegen in den im obligatorischen Vertrag eingegangenen Verpflichtungen implicite enthalten.

[2]) Langen a. a. O. 99; Rümelin a. a. O. 233; Leonhard a. a. O. 29, aber auch 33/34.

[3]) vgl. dazu auch Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs 2, 548 Nr. 1; sowie Paulus l. 64 D. 46, 3 und l. 180 D. 50, 17.

Wenn Leonhard dagegen auführt,[1]) der Veräußerer könne ein Interesse daran haben, die übergebene Sache beim Empfänger als Vollstreckungsobjekt zu verwerten, so berücksichtigt er nicht, daß der Empfänger doch die Sache sofort weiter veräußern kann, auch ohne sie zu verschleudern oder an Verwandte abzugeben. Vor allem in dem uns vorliegenden Falle des Einkaufskommissionärs, der ja schon den Kaufvertrag, wenn auch im eigenen Namen, so doch im Interesse des Kommittenten abgeschlossen hat, um diesem die Kaufsache zu verschaffen. Hier würde eine Anfechtungsklage aus § 3 des Anfechtungsgesetzes völlig versagen.

Dem Tradenten kann also aus den angeführten Gründen die Person, die das Eigentum an der übergebenen Sache erwirbt, gleichgültig sein, daraus ergibt sich aber noch nicht der Schluß, daß sie es auch sein wird.[2]) Es können sehr wohl ausdrückliche Erklärungen oder Umstände vorliegen, aus denen ersichtlich ist, daß der Tradent speziell den Empfänger zum Eigentümer machen wollte. Man denke an den Verkauf von dem Veräußerer liebgewordenen Tieren, oder daran, daß der Verkäufer mit Rücksicht auf die Person des Erwerbers den Preis erheblich niedriger bemessen oder ein Stück verkauft hat, das er an einen Fremden nicht abgeben würde. Ferner muß noch berücksichtigt werden, daß der Laie mitunter, von der Meinung ausgehend, er habe durch das Eigentum des Empfängers an der übergebenen Sache für seinen Kaufpreis eine eventuelle Deckung, deshalb gerade dem Empfänger das Eigentum übertragen will. Wenn auch diese Auffassung, wie wir gesehen haben, eine irrige ist und er bei Kenntnis da-

[1]) Leonhard a. a. O. 29; gegen diese Ansicht schon Bremer in Lindes Zeitschrift N. F. 11, 249 ff.

[2]) vgl. Mitteis a. a. O. 140 Anm. 144.

von einen solchen Willen nicht gefaßt haben würde, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß er bei der Tradition den Willen gehabt hat, speziell dem Empfänger das Eigentum zu übertragen.

In all diesen Fällen kann demnach von einem animus incertus des Tradenten gar nicht die Rede sein, er schließt den Übereignungsvertrag ausdrücklich mit dem Empfänger ab, auch wenn bei der Übergabe des Gegenstandes keine darauf bezügliche Erklärung abgegeben worden ist. Veräußert der Empfänger die Sache sofort weiter, etwa durch Vertrag mit sich selber und constitutum possessorium, so kann der Tradent dies freilich nicht hindern, mit seinem Willen ist aber allein der Traditionsempfänger Eigentümer geworden. Der neue Eigentümer wird dies erst auf Grund eines besonderen neuen Vertrags mit dem ersten Empfänger und kann sich für seinen Eigentumserwerb nicht auf den Willen des ersten Tradenten berufen. Es liegen dann zwei von einander getrennte Verträge vor, bei denen der Mittler in dem ersten als Empfänger, in dem zweiten als Veräußerer auftritt, und durch die zwischen dem ursprünglichen Tradenten und dem neuen Eigentümer keinerlei Rechtsbeziehungen entstehen.

Der Veräußerer wird somit in vielen Fällen kein Interesse an der Person des Erwerbers haben und sein Wille bei der Übergabe der Sache an den Empfänger dahingehen: erwirb das Eigentum für dich oder für wen du willst; er kann aber auch den Willen haben, dem ihm gegenüberstehenden Empfänger speziell das Eigentum zu übertragen. Eine Vermutung also, welche Richtung sein Wille gehabt habe, insbesondere, daß er mit dem animus incertus tradiert habe, läßt sich nicht aufstellen. Ist die Willensrichtung aus seinen

ausdrücklichen Erklärungen nicht ersichtlich, so kann keinerlei Vermutung Platz greifen, sondern die Prüfung aller begleitender Umstände muß ergeben, welchen Willen er bei der Übergabe gehabt hat.

Eine Einschränkung nach der Seite hin, die im vorstehenden bekämpft wurde, erfährt diese Schlußfolgerung, wenn wir von dem bis jetzt behandelten allgemeinen Fall des Eigentumserwerbs durch Kauf auf unseren speziellen des Eigentumserwerbs beim Kommissionskauf zukommen. Der Handelsverkehr beschäftigt sich mit dem Austausch materieller Güter zum Zwecke der Erzielung eines Gewinnes. Der Verkäufer hat, ist die Ware verkauft, an ihrem Schicksal und auch an der Person des neuen Eigentümers kein Interesse, wenigstens werden solche Fälle ganz vereinzelt dastehen. Für ihn kommt es lediglich darauf an, daß er für den etwa noch nicht gezahlten Kaufpreis durch die obligatorische Verpflichtung des Kommissionärs gedeckt ist. Daß die übergebene Sache gerade in dessen Eigentum übergeht, verbessert, wie wir gesehen haben, seine Lage im Falle einer künftigen Zwangsvollstreckung durchaus nicht und liegt daher gar nicht in seinem Interesse, denn eine Zwangsvollstreckung in die Kaufsache könnte der Kommissionär jederzeit sofort vereiteln, indem er das Eigentum an der Sache an den Kommittent weiter überträgt. Da der Kommittent von dem Moment an, wo die Sache an den Kommissionär übergeben wird, einen fälligen Anspruch auf Übertragung des Eigentums gegen diesen hat, würde eine Anfechtung von seiten eines Dritten erfolglos bleiben. Hinzu kommt, daß in sehr vielen Fällen der Kommissionär als solcher dem Veräußerer bekannt sein wird, dieser sich also sagen muß, daß der Kommissionär nur für einen anderen die Ware in Empfang nimmt.

Aber auch diese letzten Erwägungen können nicht dazu führen, schlechtweg für den Handelsverkehr, wie dies von den in der Anm. 2 S. 49 Zitierten schon für den allgemeinen Verkehr geschehen ist, die Vermutung aufzustellen, der Veräußerer habe im Zweifel den animus incertus.[1]) Auch im Handelsverkehr sind Fälle möglich, in denen der Veräußerer aus seiner tatsächlichen oder fälschlicherweise angenommenen Interessenlage heraus allein den Kommissionär zum Eigentümer der übergebenen Sache machen will und keinen anderen.[2]) Zu berücksichtigen ist hierbei, daß heute,

[1]) A. M. Langen a. a. O. S. 105, 126—127, 137. Langen geht zwar auch davon aus, daß im allgemeinen Verkehr eine Vermutung, der Tradent übertrage im Zweifel das Eigentum an denjenigen, für den der Empfänger es erwerben wolle, sich nicht aufstellen lasse, schließt sich aber der bekämpften Ansicht für die Fälle des Handelsverkehrs vollständig an. Nach ihm gilt für den Handelsverkehr als Regel: der dritte Kontrahent hat den Willen, demjenigen durch die Tradition Eigentum zu übertragen, welchem der Kommissionär es zu erwerben beabsichtigt. Langen übersieht dabei die Tragweite des § 406 HGB. sowie, daß die Käufe des Kommissionärs durchaus keine Handelsgeschäfte mehr zu sein brauchen. Aber auch für das alte HGB. ist m. E. die Vermutung des animus incertus auf seiten des Veräußerers nicht haltbar gewesen, da nach richtiger Auslegung des Art. 360, nach dem die Geschäfte Handelsgeschäfte sein mußten (vgl. Lepa a. a. O. 11 ff.), diese Geschäfte nur für den Kommissionär sich als solche darzustellen brauchten. Für den dritten Kontrahenten konnten die Geschäfte einfache Vertragsabschlüsse des gewöhnlichen Verkehrs sein, und es ist nicht ersichtlich, wie die den Dritten gar nicht berührende Qualität der Geschäfte als Handelsgeschäfte bei ihm eine andere Willensrichtung hervorrufen sollten, als die anderen Verkäufe im allgemeinen Verkehr.

[2]) Bereits S. 45 ist darauf hingewiesen worden, daß nicht jede bei der Übergabe abgegebene Erklärung von den Parteien als eine rechtlich erhebliche gewollt ist, zu weit geht aber in dieser Hinsicht Lenel a. a. O. S. 72, 73, der die Mitteilung des Kommissionärs an den

wie in der Einleitung ausgeführt, eine ganze Reihe von Käufern unter die Bestimmungen des Kommissionsgeschäfts fallen, die früher diesen Bestimmungen nicht unterlagen.

Der typische Fall im Handelsverkehr wird zweifellos der sein, daß der Veräußerer die Sache mit dem animus incertus übergibt, das rechtfertigt aber noch nicht die Aufstellung einer entsprechenden Vermutung, welche die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles zurückdrängen würde, da sie erst von ihnen durchbrochen werden müßte.[1]) Um die Willensrichtung des Veräußerers festzustellen, werden vielmehr auch im Handelsverkehr stets etwaige abgegebene Erklärungen, sowie die jeweiligen sonstigen begleitenden Umstände auf ihre rechtliche Bedeutsamkeit hin zu prüfen sein;[2]) erst dann, wenn aus diesen Umständen sich nicht ergibt, daß der Dritte mit dem Kommissionär speziell den dinglichen Vertrag hat abschließen wollen, wenn er in keiner Weise eine solche Willensrichtung kundgegeben hat,[3]) ist für den Handelsverkehr die Vermutung gerechtfertigt, der Tradent habe bei der Übergabe den animus incertus gehabt.[4])

Dritten, daß er in Stellvertretung des Kommittenten handle, für völlig bedeutungslos erklärt und sie einer sonstigen Mitteilung über ein Motiv das ihn zur Handlung bestimmt habe, gleichgestellt.

[1]) vgl. hierzu die Polemik gegen das Abstellen auf den typischen Fall bei Rümelin a. a. O. 234 ff.

[2]) vgl. Mitteis a. a. O. 141; Leonhard a. a. O. 41.

[3]) vgl, hierzu die weiteren Ausführungen S. 70.

[4]) Das erhaltene Resultat berührt sich mit der bekämpften Ansicht scheinbar sehr nahe, bei der praktischen Behandlung der Fälle tritt aber der Unterschied in der Auffassung stark hervor. Nach der oben aufgestellten Ansicht greift die Vermutung des animus incertus erst dann Platz, wenn die Umstände keinerlei Anhalt dafür geben, daß der Tradent speziell mit dem Empfänger kontrahieren wollte; nach der be-

§ 8.

Willensrichtung des Kommissionärs bei Entgegennahme der Übergabe.

Der Kommissionär kann in gleicher Weise beim Abschluß der Einigung einen doppelten Willen haben. Er kann zunächst für sich oder sofort für den Kommittent unmittelbar das Eigentum erwerben wollen.

Ausgehend von seiner Eigenschaft als selbständiger Gewerbetreibender nehmen Bremer[1]) und mit ihm Langen[2]), wenn nicht besondere Umstände vorliegen, an, daß der Kommissionär zunächst das Eigentum an der übergebenen Sache für sich erwerben wolle. Dieser Anscht ist nicht beizutreten. Der Kommissionär ist zwar selbständiger Gewerbetreibender, aber sein Gewerbe besteht nicht im Erwerb von Handelswaren, sondern im Abschließen von Kauf- und Verkauf-Verträgen im eigenen Namen für fremde Rechnung, die Realisation der von ihm abgeschlossenen Verträge gehört begreiflich gar nicht zu seinem Gewerbe. Wenn er die Ausführung der Kaufverträge auch meist mit vornimmt, so geschieht dies aus Zweckmäßigkeitsgründen, um dem Kommittenten Geld und Zeit zu sparen, da dieser sonst in eigener Person oder durch Boten oder Bevollmächtigte die Realisation vornehmen müßte. Es ist daher nicht ersichtlich, warum die Tatsache, daß der Kommissionär ein selbständiges und zwar

kämpften Ansicht würde zunächst die Vermutung gelten, diese müßte erst von der aus den konkreten Verhältnissen sich ergebenden Auslegung des Willens durchbrochen werden; das ist von Bedeutung für die Beweislast.

[1]) Bremer in Lindes Zeitschrift N. F. 11, 236 ff. und 20, 90 ff.

[2]) Langen a. a. O. 105.

ein ganz eigen geartetes Gewerbe betreibt, dessen Wesen die Erzielung von Provision ist, ihn veranlassen soll, das Eigentum an der übergebenen Sache für sich zu erwerben.

Auch der Umstand, worauf sich Bremer und Langen[1]) in zweiter Linie berufen, daß der Kommissionär den Kaufvertrag, die causa des ihm folgenden dinglichen Vertrags, auf seinen Namen abgeschlossen hat, der Kommissionär also der Gläubiger des Tradenten ist, hindert begrifflich nicht, daß er bei der Übergabe den Willen haben kann, die Sache unmittelbar für den Kommittent zu erwerben;[2]) denn eine Personenidentität bezüglich des Gläubigers im obligatorischen Vertrag und des Erwerbers im dinglichen Vertrag braucht schon im Hinblick auf die abstrakte Natur des dinglichen Vertrags nicht zu herrschen. Der Kaufvertrag und der Übereignungsvertrag sind, wie ausgeführt, zwei vollständig voneinander getrennte Verträge, die nur zusammen einem wirtschaftlichen Zwecke dienen.[3]) Die Absicht, die den Kommittenten veranlaßt hat, den Kaufvertrag im Namen des Kommissionärs von diesem abschließen zu lassen, etwa um dessen Kredit oder näheren Beziehungen zum Lieferanten

---

[1]) An anderer Stelle (a. a. O. 10) erkennt Langen jedoch ausdrücklich an, daß der Umstand, daß der Kaufvertrag nur auf den Kommissionär als Forderungsberechtigten lautet, einen direkten Eigentumserwerb für den Kommittenten nicht hindern würde.

[2]) vgl. Grünhut a. a. O. 431/32; Leonhard a. a. O. 50ff.

[3]) Was Perl, Das Aussonderungsrecht des Kommittenten im Konkurs des Kommissionärs vom Standpunkte des preuß. Rechts in Buschs Archiv Bd. 48, 101 hiergegen anführt, beruht auf einer nicht genügend scharf durchgeführten Unterscheiduug der beiden Rechtsakte. Zum Begriff des Kommissionärs gehört lediglich das „Kaufen" im eigenen Namen, also das Abschließen des obligatorischen Vertrags, nicht auch die Ausführung desselben.

sich nutzbar zu machen, fällt bei der Ausführung des Kaufvertrags, als bereits durch Abschluß des obligatorischen Vertrags erreicht, weg. Es liegt gar kein Grund vor, nun noch den dinglichen Vertrag im Namen des Kommissionärs abzuschließen und nicht vielmehr sofort im Namen des Kommittenten, ist doch schon der Anlaß, der zum Abschluß des Kaufvertrags geführt hat, das Interesse des Kommittenten am Erwerb der Sache gewesen. Der Kommissionär hat im Auftrag des Kommittenten den Vertrag, wenn auch im eigenen Namen, so doch von vornherein für Rechnung des Kommittenten geschlossen, und gerade dieser Umstand, dieses „Bewußtsein vom Beauftragtsein" müßte den Kommissionär veranlassen, nicht sich selber als Subjekt des Erwerbs zu setzen, sondern den Kommittenten.[1])

Der einzige Grund, der den Kommissionär veranlassen könnte, das Eigentum zunächst für sich zu erwerben, müßte darin zu finden sein, daß er an dem eigenen Eigentumserwerb ein Interesse hätte. Dieses Interesse könnte aber nur in der Sicherung für seine Auslagen und Provision zu finden sein, die ihm das Eigentum an der übergebenen Kaufsache bieten würde. Eines solchen Schutzes für seine Forderungen an den Kommittenten durch Erwerb des Eigentums bedarf der Kommissionär jedoch gar nicht,[2]) da das HGB. ihm

[1]) Diese Trennung des Subjekts des obligatorischen Vertrags von dem des dinglichen Vertrags war im klassischen römischen Recht nicht nur möglich, sondern notwendig, da das römische Recht dieser Zeit wohl eine Stellvertretung im Erwerb des Eigentums kannte, aber nach ihm niemand einen obligatorischen Vertrag mit Wirkung für einen anderen abschließen konnte. Vgl. l. 11 D. 44, 7 (Paulus) und l. 13 pr. D. 44, 1 (Neratius).

[2]) Wegen des möglichen Interesses des redlichen Kommissionärs am eigenen Eigentumserwerb vgl. S. 63, 70/71.

ein gesetzliches Pfandrecht an dem in seinem Besitz befindlichen Kommissionsgut einräumt. Einer Eigentumsklage des Kommittenten stünde also jederzeit die Einrede aus § 397 BGB. entgegen.

Wir gelangen hiermit zu dem Ergebnis, daß der Kommissionär weder durch das Wesen seines Gewerbes, noch durch den Abschluß des Kaufvertrags im eigenen Namen veranlaßt werden könnte, das Eigentum zunächst für sich selber zu erwerben,[1]) und daß er weiterhin auch gar kein Interesse daran haben wird, selber Eigentümer der Kaufsache zu werden, da er für seine Forderungen durch sein Pfandrecht am Kommissionsgut genügend geschützt ist.

Anderseits hat der Kommissionär gemäß § 384 I HGB. bei Ausführung der Kommission das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen. Nun gehört zwar die Realisation der abgeschlossenen Kaufverträge begrifflich nicht zum Kommissionsauftrag mehr, nimmt der Kommissionär sie aber gleichfalls vor, so hat entsprechend auch hierbei sein Handeln sich nach dem Interesse des Kommittenten zu richten. Im Interesse des Kommittenten aber liegt es, möglichst rasch das Eigentum an der für seine Rechnung gekauften, vielleicht schon mit seinem Gelde bezahlten Kaufsache zu erlangen; denn solange er nicht Eigentümer geworden ist, läuft er Gefahr, daß die Sache beim Kommissionär von dessen Gläubigern beschlagnahmt werden kann, da der Schutz des § 392, 2 II HGB. sich nur auf von dem Kommissionär für Rechnung des Kommittenten erworbene Forderungen, nicht aber auch auf Sachen bezieht.

---

[1]) A. M. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 43 Abs. 4a, der auch davon ausgeht, daß der Kommissionär ja im eigenen Namen handle und aus diesem Grunde das Eigentum sich selber erwerbe.

Dieses Interesse des Kommittenten am möglichst raschen Eigentumserwerb zu wahren, ist demnach eine der durch die Übernahme des Kommissionsauftrags übernommenen Pflichten des Kommissionärs. Als redlicher Geschäftsmann hat er daher, sobald sich die erste Gelegenheit dazu bietet, und dies ist der Fall, wie wir gesehen haben, bei der Übergabe, seinen Verpflichtungen nachkommend dem Interesse des Kommittenten entsprechend zu handeln, dem Kommittenten also unmittelbar Eigentum zu erwerben. Von dieser Pflicht könnte er nur freikommen, wenn sein eigenes Interesse dem entgegenstünde; daß dies nicht der Fall sein wird, wurde bereits ausgeführt.

Aus dieser Verpflichtung des Kommissionärs, dem Kommittent möglichst rasch Eigentum zu verschaffen, wird man mit Recht einen Schluß auf die Richtung seines Willens beim Abschluß des dinglichen Vertrags ziehen können. Lepa[1]) bestreitet die Berechtigung dieses Schlusses. Nach ihm reicht zunächst das Bestehen einer solchen Verpflichtung nicht zur Begründung der Vermutung aus, daß der Kommissionär ihr entsprechend gehandelt habe oder habe handeln wollen, und zweitens könne der Kommissionär die Verpflichtung, dem Kommittenten Eigentum zu verschaffen, auch so erfüllen, daß er zunächst sich das Eigentum erwerbe, um es dann dem Kommittenten zu übertragen. Derselben Ansicht bezüglich des zweiten Einwandes ist auch Langen.[2])

Dem ersten Entwurf ist entgegenzuhalten, daß Treu und Glauben denn doch den Verkehr nicht nur in der Theorie beherrschen und daß bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmen ist, daß jeder so handelt, wie er zu handeln ver-

---

[1]) Lepa a. a. O. 145 N. 76, 1.

[2]) Langen a. a. O. 36.

pflichtet war. Bezüglich des in zweiter Linie Angeführten ist zu unterscheiden: beabsichtigt der Kommissionär das Eigentum sofort dem Kommittenten zu verschaffen, so ist kein Grund vorhanden, weshalb er dazu den Umweg über den Eigentumserwerb für sich selbst mit folgendem constitutum possessorium wählen sollte, er wird vielmehr, immer diesen Willen vorausgesetzt, stets den geraden Weg des unmittelbaren Eigentumserwerbs für den Kommittenten wählen und nicht durch zwei Verträge zu erreichen suchen, was er durch einen sofort erreichen kann. Beabsichtigt der Kommissionär aber dem Kommittenten das Eigentum erst „dann" oder, wie Langen — Lepa wohl richtig auffassend — diesen zitiert,[1]) „demnächst" zu übertragen, so handelt er nicht pflichtgemäß, denn der Kommittent hat ein Interesse daran, so rasch als möglich, nicht erst nach einiger Zeit, während die Gläubiger des Kommissionärs die Sache pfänden könnten, das Eigentum zu erlangen, und dieses Interesse hat der Kommissionär zu wahren.

Wir haben somit ein Dreifaches gefunden: das Interesse des Kommittenten an dem sofortigen Eigentumserwerb, die Pflicht des Kommissionärs, dieses Interesse zu wahren, und die Tatsache, daß dem direkten Eigentumserwerb des Kommittenten kein Interesse des Kommissionärs entgegensteht. Auf Grund dieser Ergebnisse sind wir berechtigt, bezüglich der Willensrichtung des Kommissionärs bei Abschluß des dinglichen Vertrags die Vermutung aufzustellen, daß, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, der Kommissionär den Willen habe, das Eigentum unmittelbar für den Kommittenten zu erwerben.

---

[1]) Langen a. a. O. 36.

Es erhebt sich hier die Frage, wie es zu beurteilen ist, wenn der Kommissionär entgegen seiner Verpflichtung, für den Kommittenten unmittelbar Eigentum zu erwerben, bei der Übergabe einen anderen Willen gefaßt hat. Es scheidet für diese Betrachtung der seltene Fall aus, daß der Kommissionär ein berechtigtes Interesse daran haben kann, ausnahmsweise selber das Eigentum zu erwerben. Zu denken ist z. B. an den Fall, daß der Kommissionär der Zahlungsfähigkeit des Kommittenten nicht mehr traut und für dessen Rechnung eine Ware gekauft hat, die starken Preisschwankungen unterliegt. Hier kann er ein Interesse daran haben, neben seinem Pfandrecht, das ihn dem Kommittenten gegenüber sichert, auch noch das Eigentumsrecht an der Sache zu erwerben, das ihm ein sofortiges Verkaufsrecht geben würde. Der Fall wird in der Praxis selten sein, da kein Kommissionär ohne einen entsprechenden Vorschuß, der ihn im Falle eines Sinkens des Preises in dieser Hinsicht deckt, einen solchen Auftrag ausführen wird, ist aber doch denkbar. Beim Vorliegen solcher besonderer Umstände ist der Kommissionär natürlich nicht durch die oben entwickelten allgemeinen Grundsätze, die auf dem mangelnden Interesse seinerseits an eigenem Eigentumserwerb in Verbindung mit Treu und Glauben basieren, verpflichtet, seinem Interesse entgegen zu handeln, vielmehr muß sein wirklicher, aus seinem berechtigten Interesse entspringender Wille, das Eigentum sich selber zu erwerben, volle Berücksichtigung finden. Anders läge es nur, wenn der Kommissionär sich dem Kommittenten gegenüber ausdrücklich verpflichtet hätte, diesem direkt das Eigentum zu erwerben; durch diese Vereinbarung hätte er dann auf die Wahrung seines Interesses ausdrücklich verzichtet und sein dieser Vereinbarung widersprechender gegenteiliger Wille

wäre, auch wenn er berechtigtem Interesse entspränge, als ein unredlicher anzusehen.

Es bleiben also die Fälle übrig, wo ein redlicher Kommissionär den Willen haben mußte, unmittelbar für den Kommittenten das Eigentum zu erwerben. Soll hier der Wille gelten, wie ihn der Kommissionär haben mußte oder wie er ihn wirklich gehabt hat. Zunächst muß unterschieden werden, ob der Wille des Kommissionärs dem Dritten gegenüber oder nur überhaupt erkennbar geworden ist. Liegt der erste Fall vor, so muß gelten der Wille, wie ihn der Kommissionär tattächlich, wenn auch unredlicherweise gehabt hat; denn durch sein Hervortreten hat er dem Willen des Dritten dieselbe Richtung gegeben, der consens ist nach dieser Richtung hin zustande gekommen.

Anders liegt es, wenn der Wille dem Dritten gegenüber nicht in Erscheinung getreten ist, dieser also einen neutralen Willen gehabt hat. Es streiten dann bezüglich der Richtung des Willens des Kommissionärs zwei Schlußfolgerungen gegeneinander. Einerseits ist der Wille des Kommissionärs, für den Kommittenten unmittelbar Eigentum zu erwerben, aus seiner Verpflichtung hierzu zu schließen, anderseits begründen andere Umstände den Schluß, daß der Wille des Kommissionärs auf eigenen Erwerb des Eigentums gerichtet gewesen ist. Welche von den beiden Vermutungen soll überwiegen. Im Gesetz finden wir keine Regelung dieser Frage; da auch analoge Schlüsse hier keine Auskunft geben, so werden wir die Entscheidung nach der praktischen Brauchbarkeit der Resultate fällen müssen, zu denen man nach der einen oder anderen Auffassung gelangt. Erkennt man den unredlichen Willen als maßgebend an, so wäre dies direkt eine Prämie auf das vertragswidrige Handeln des Kommissionärs, und der Kommittent wäre einem

solchen unredlichen Handeln schutzlos preisgegeben, da ihn selbst eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Kommissionär dahingehend, daß dieser ihm das Eigentum unmittelbar verschaffe, nicht schützen würde. Wir werden vielmehr den Willen als rechtlich erheblich anzunehmen haben, den der Kommissionär auf Grund von Treu und Glauben haben mußte,[1]) denn nur so ist der Kommittent gegen fraudulose Handlungen des Kommissionärs genügend geschützt. Dieser Schutz kann ihm auch unbedenklich gewährt werden, da er kein berechtigtes Interesse des Kommissionärs verletzt.

Natürlich setzen die obigen Ausführungen, daß der Kommissionär den Willen habe, unmittelbar das Eigentum dem Kommittenten zu erwerben, voraus, daß sich aus den Umständen unzweifelhaft ergibt, für wen der Kommissionär das Eigentum hat erwerben wollen. Erfordernis ist daher, daß ein für den Kommittenten besitzfähiges Objekt vorhanden ist. Die übergebene Sache muß also eine species[2]) oder bei einer vertretbaren Sache genau das Quantum sein,[3]) das der Kommittent dem Kommissionär zum Einkauf in Auftrag gegeben hat, da mit der Ausscheidung und Übergabe an den Kommissionär ein solches Quantum als species zu behandeln ist (vgl. § 243 II). Ist dies nicht der Fall, hat z. B. der Kommissionär von mehreren Kommittenten Einkaufsaufträge auf 75, 100 und 200 Ballen Baumwolle der gleichen Art erhalten, oder will er für sich selber gleichzeitig ein Quantum derselben Ware einkaufen, um später von eigenem Lager liefern zu können, und kauft daraufhin 250 Ballen ein und

---

[1]) A. M. R. Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB. in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft 367 Nr. 2.

[2]) vgl. Grünhut a. a. O. 431ff.

[3]) vgl. Jung a. a. O. 199ff.

läßt sich diese übergeben, so werden sie zweifellos zunächst Eigentum des Kommissionärs.[1]) Dieser behält das Recht, die Ware auf die verschiedenen Kommittenten nach seinem Ermessen zu verteilen und muß das Eigentum dann durch Abteilung und constitutum possessorium auf den betreffenden Kommittenten übertragen. Ein Miteigentum aller Kommittenten mit gleichen Aufträgen ist ausgeschlossen.[2]) Das Gleiche ist der Fall, wenn der Kommissionär zwei gleiche Aufträge auf je 100 erhalten hat und zunächst 100 einkauft, auch hier muß der Kommissionär sich selber als Erwerber einsetzen.[3])

Auf Grund der in diesem und dem vorhergehenden Paragraphen ausgeführten Untersuchung über die Willensrichtung des Veräußerers und des Kommissionärs bei Vornahme der Übergabe hinsichtlich der Person des neuen Erwerbers gelangen wir also für den Handelsverkehr zu folgenden Resultaten:

I. Der Wille des Veräußerers kann ein zweifacher sein; erst wenn aus den besonderen Umständen sich nicht ergibt, daß er speziell mit dem Kommissionär hat kontrahieren wollen, greift die Vermutung Platz, er habe bei der Tradition das Eigentum demjenigen übertragen wollen, für den der Kommissionär es zu erwerben beabsichtigt.

II. Der Kommissionär will das Eigentum an der ihm übergebenen Sache unmittelbar dem Kommittenten erwerben.

---

[1]) Ebenso Grünhut a. a. O. 437; Jung a. a. O. 206.

[2]) A. M. Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel 35, der für Miteigentum eintritt.

[3]) vgl. Lenel a. a. O. 68.

§ 9.

Einschränkung des sogen. Offenheitsprinzips.

Wir waren von der Frage ausgegangen, ob der Kommissionär dem Kommittenten unmittelbar das Eigentum erwerben könne, auch wenn er dem Dritten diesen Willen nicht kund getan habe, ob also in diesem Falle zwischen Kommissionär und dem Dritten die vom Gesetz geforderte Einigung auf den Kommittenten zustande komme und, bejahendenfalls, in welcher Weise.

Die Ansicht der einen ging, wie ausgeführt,[1]) dahin, dieser Vertretungswille müsse gerade dem Dritten gegenüber erklärt werden, sei es nun expressis verbis oder durch dem Dritten bekannt gewordene Umstände. Es sind dies die Anhänger des sogen. Offenheitsprinzips.[2]) Um die Richtigkeit ihrer Ansicht prüfen zu können, war es notwendig, zuvor den Willen des Dritten sowie des Kommissionärs bei der Übergabe der Kaufsache auf seine Richtung hin zu untersuchen. Gehen wir mit den in vorstehenden Paragraphen gefundenen Ergebnissen an das aufgestellte starre Offenheitsprinzip, so wie es von Leonhard, Planck und den übrigen vertreten wird, heran, so erhalten wir ein wesentlich anderes Resultat, wir werden vielmehr zu einem modifizierten Offenheitsprinzip gelangen.

Insofern wir gefunden haben, daß der Wille des Tradenten dahin gehen kann: ich übertrage dir das Eigentum oder dem, für den du es erwerben willst, liegt in diesem durch die Übergabe sich aussprechenden Willen, auch ohne daß der

---

[1]) s. 33.

[2]) Leonhard a. a. O. 2.

Kommissionär durch Worte oder dem Dritten bekannt gewordene Umstände auf seine Vertretungsabsicht hinweist und dadurch den Dritten zur Eigentumsübertragung auf den Kommittenten auffordert, die Erklärung des Dritten enthalten, auch dem Kommittenten das Eigentum übertragen zu wollen, falls der Kommissionär für diesen unmittelbar erwerben will. Die Erklärung des Dritten ist in diesem Falle alternativ gehalten; der Kommissionär hat die Wahl, wie er sich erklären will, er kann sich in der einen oder anderen Richtung erklären, in beiden Fällen werden sich die abgegebenen Erklärungen decken.

Der Kommissionär hat anderseits, wie wir als 2. Satz gefunden haben, im Zweifel den Willen, für den Kommittenten unmittelbar Eigentum zu erwerben. In seiner Annahme der Kaufsache liegt also die Erklärung: ich will das Eigentum unmittelbar für den Kommittenten erwerben. Es kommt demnach, immer den neutralen Willen des Dritten vorausgesetzt, ohne daß diesbezügliche Erklärungen abgegeben worden sind oder besondere Umstände vorliegen, aus denen der Dritte sehen mußte oder konnte, daß als Erwerber des Eigentums der Kommittent in Betracht kam, zwischen dem Kommissionär und dem Dritten auf Grund der durch konkludente Handlung abgegebenen Willenserklärungen die Einigung dahin zustande, daß das Eigentum an der dem Kommissionär übergebenen Sache unmittelbar der Kommittent erwerben solle. Wir werden dann, wie bei der Behandlung des iactus missilium näher ausgeführt, auch hier sagen können, der Wille des Dritten sei, ohne daß dieser überhaupt den Kommittenten zu kennen braucht, von Anfang an auf den Kommittenten gerichtet gewesen, und dieser erwerbe daher das Eigentum mit Willen des Dritten. Ein weitergehendes Offenheitsprinzip

ist nicht erforderlich, den Vorschriften des § 164 ist damit vollständig genügend Rechnung getragen.[1])

Natürlich wird dieser direkte Eigentumserwerb für den Kommittenten nicht immer möglich sein; wir haben festgestellt, daß eine Vermutung hinsichtlich des animus incertus auf seiten des Dritten erst dann Platz greift, wenn seine abgegebenen Erklärungen sowie die begleitenden Umstände keinen rechtlich bedeutsamen Anhalt dafür geben, daß er mit dem Kommissionär speziell habe kontrahieren wollen, und daß anderseits auch in vielen Fällen ein besitzfähiges Objekt fehlen wird. Sind aber die erforderlichen Voraussetzungen gegeben, ergibt sich aus den Umständen zweifellos, für wen der Kommissionär das Eigentum hat erwerben wollen, so hindert der Umstand, daß der Kommissionär dem Dritten seine Vertretungsabsicht nicht kundgetan hat, in keiner Weise, daß das Eigentum unmittelbar durch die Übergabe an den Kommissionär auf den Kommittent übergehen kann.

---

[1]) vgl. dazu Rümelin a. a. O. 231. Rümelin kommt zwar für den Einkaufskommissionär zu demselben Resultat wie Verfasser, es ist aber m. E. nicht klar, wie er den Widerspruch in seiner Darstellung der Willensrichtung des Kommissionärs beseitigen will. S. 146 führt er im allgemeinen aus, daß der Kommissionär im Zweifel als im eigenen Namen handelnd anzusehen sei. Diese Bemerkung kann sich aber, da der Abschluß des Kaufvertrags im eigenen Namen ein gesetzliches Erfordernis des Kommissionseinkaufs ist, also darüber keine Zweifel möglich sind, nur auf die Realisation der Kaufverträge, auf den Abschluß der dinglichen Verträge beziehen. Anderseits geht Rümelin 245 davon aus, daß in Ermangelung besonderer Umstände — also im Zweifel — die Interessenlage zwischen Kommissionär und Kommittent möglichst baldige Eigentumsübertragung wünschenswert erscheinen lasse und daher der Kommissionär den Willen haben müsse und auch habe, das Eigentum direkt dem Kommittenten zu erwerben.

Ein Prüfstein für die Richtigkeit einer Theorie ist stets in ihrer praktischen Brauchbarkeit zu finden, und so berufen sich denn auch alle im vorstehenden abgelehnten sowie die noch zu behandelnden Theorien auf die Brauchbarkeit und Billigkeit ihrer Resultate. Prüfen wir unsere Theorie daraufhin, so finden wir, daß zunächst der Dritte durch sie den weitesten Schutz gewinnt; denn für die Auslegung seines Willens sind nach unserer Ansicht allein die sämtlichen Umstände maßgebend, und erst, wenn aus ihnen sich dafür, daß er mit dem Kommissionär speziell kontrahieren wollte, keinerlei Anhaltspunkte ergeben, greift die Vermutung Platz, er habe den animus incertus gehabt. Solche Anhaltspunkte werden sich aber, wenn der Dritte ein Interesse daran hatte, dem Kommissionär speziell das Eigentum zu übertragen, immer finden, da sie stets, wenn dieser im Handelsverkehr immerhin seltene Fall vorliegt, eben durch das Interesse, d. h. durch die Umstände, die dieses Interesse entstehen ließen, gegeben sind.

Der Kommittent wird durch den unmittelbaren Eigentumserwerb vor jedem Schaden geschützt, den er sonst erleiden könnte, wenn während der Zeit, wo die Kaufsache im Eigentum des Kommissionärs steht, dieser in Vermögensverfall gerät. Freilich geht unsere Theorie nicht so weit, die Interessen des Kommittenten auf Kosten der des Dritten zu schützen, wie dies bei all denen geschieht, die in allen Fällen auf seiten des Tradenten den animus incertus annehmen; denn es ist nur billig, daß derjenige die Gefahr, die in dem Einschieben einer dritten Person, des Kommissionärs, liegen kann, trägt, der davon weiß und dies gewollt hat.

Und auch der Kommissionär wird durch unsere Theorie

in keinem seiner Interessen verletzt, da ihm der von anderer Seite angenommene Eigentumserwerb für sich selber im allgemeinen keinen weitergehenden Schutz bieten würde, als er bereits durch sein gesetzliches Pfandrecht genießt. Für die wenigen Fälle, wo sein Interesse ausnahmsweise einen Eigentumserwerb für sich selber verlangen könnte, ist auch in unserer Theorie Raum dafür; denn seine Verpflichtung, dem Kommittenten unmittelbar Eigentum zu erwerben, geht nicht so weit, dies gegen seine eigenen Interessen tun zu müssen. Freilich müßte der Kommissionär das Vorliegen eines solchen Falles seinerseits beweisen, dieser Beweis wird ihm aber aus den vorstehend bei der Behandlung des Interesses des Dritten angeführten Gründen jederzeit möglich sein.

Gegen sämtliche Theorien, die eine direkte Eigentumsübertragung auf den Kommittenten für möglich halten, ist weiterhin vielfach der Vorwurf erhoben worden, daß hierdurch eine Rechtsunsicherheit entstünde.[1]) Dieser Vorwurf, der gegen einige dieser Theorien tatsächlich gerechtfertigt ist, trifft aber unsere Theorie wenigstens in bezug auf die zunächst Beteiligten nicht, da wir ja nur da einen unmittelbaren Eigentumserwerb für den Kommittenten annehmen, wo sich aus den Umständen die Person des Kommittenten zweifellos ergibt. Es blieben nur noch als eventuell Beteiligte die Gläubiger des Kommissionärs. Diese haben aber gar kein Anrecht darauf, aus dem Kommissionsgut eine Befriedigung zu finden. Bei einem Konkurs des Kommissionärs können sie nur das Vermögen des Kommissionärs erwarten; befindet sich zu dieser Zeit Kommissionsgut im Eigentum des Kommissionärs, so ist

---

[1]) vgl. Lehmann, Literaturbesprechung Abschnitt IX in Goldschmidts Zeitschrift 51, 268.

dies für sie ein zufälliger Glücksumstand, auf den sie keinerlei Anrecht haben. Ihr Interesse kann also bei der Regelung des Eigentumsübergangs beim Kommissionseinkauf keine Berücksichtigung finden. Auf diesem Standqunkt steht auch das Handesgesetzbuch, wie sich aus den Bestimmungen des § 392 II ergibt, wonach vom Kommissionär im eigenen Namen, jedoch für fremde Rechnung erworbene Forderungen im Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär oder dessen Gläubigern, auch wenn sie nicht abgetreten sind, als Forderungen des Kommittenten zu gelten haben.

§ 10.

Resultat.

Wir hatten in § 1 festgestellt, daß sich für die Ausführung des Kaufvertrags drei Möglichkeiten bieten, unter denen die Parteien die Wahl haben, da eine gesetzliche Bestimmung hierüber nicht besteht, insbesondere kein Zwang für den Kommissionär vorliegt, die Realisation im eigenen Namen vorzunehmen. Auf Grund unserer vorstehenden Untersuchung haben wir dann gefunden, daß:

im ersten Falle, in dem der Kommissionär als offener Stellvertreter handelt, er durch die Übergabe an sich dem Kommittenten unmittelbar den mittelbaren Besitz und damit das Eigentum an der Kaufsache verschafft;

im zweiten Falle, in dem der Kommissionär als Selbstpartei auftritt, das Eigentum zunächst von ihm selber erworben wird; der Kommissionär muß das Eigentum dann durch einen weiteren Rechtsakt auf den Kommittenten übertragen;

im dritten Falle aber sich eine allgemeingültige kurzgefaßte Regel nicht aufstellen läßt. Wir können nur den Satz

aufstellen, daß auch in diesem Falle unter Umständen der Kommissionär dem Kommittenten das Eigentum unmittelbar erwerben kann, d. h. daß, wenn die in den §§ 7, 8 ausgeführten Umstände vorliegen, das nicht Hervortreten der Stellvertretungsabsicht dem Dritten gegenüber einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Kommittenten nicht hindert.

Die Anlage der Arbeit hat es mit sich gebracht, daß im Laufe der Untersuchung bezüglich des dritten Falles zumeist auf die Ansichten derer eingegangen werden mußte, die zu demselben oder einem ähnlichen Resultate wie der Verfasser gekommen sind, aber durch Konstruktionen oder auf Grund von Voraussetzungen, die sich, wie gezeigt worden ist, nicht haben halten lassen. Desgleichen sind die Hauptgegner eines unmittelbaren Eigentumserwerbs für den Kommittenten mit Ausnahme von Planck,[1]) Lepa[2]) und teilweise Leonhard meist nur angezogen worden, wenn sich bei ihnen übereinstimmende Ansichten mit den im Text entwickelten vorfanden.

Es ist daher nötig, noch auf die Theorie von Lenel und Leonhard näher einzugehen. Beide berücksichtigen meines Erachtens nicht genügend die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles und gelangen dadurch zu Resultaten, die zwar viel einfacher sind, wie die im vorstehenden gefundenen, die aber dementsprechend nicht den Verhältnissen gerecht werden. Lenel[3]) geht zunächst von der typischen Interessenlage, wie sie zwischen Mittler und Vertreter meist sein wird, aus und leitet daraus unter Zugrundelegung des animus incertus auf seiten des Tradenten folgende Schlüsse ab (a. a. O. 57 ff.):

---

[1]) s. S. 34 u. 41.

[2]) s. S. 61.

[3]) Lenel a. a. O. 6 ff.

„Wird der Besitz und das Eigentum im Auftrag eines anderen auf Grund eines für diesen anderen bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses erworben, so gehen Besitz und Eigentum auf diesen anderen über."

„Wird dagegen Besitz und Eigentum zwar im Auftrag oder Interesse eines anderen erworben, aber auf Grund eines für den Erwerber selber bestehenden oder zu begründenden Rechtsverhältnisses, so erwirbt dieser sich selber das Eigentum."

Eine Ausnahme von dieser Regel macht Lenel nur beim Vormund und Prokurator sowie beim Besitzdiener des Bürgerlichen Gesetzbuches. Auf Grund dieser zwei Sätze kommt er dann für unseren Fall zu dem Resultat, daß der Kommissionär, da er ja den Kaufvertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat, immer das Eigentum für sich erwerben muß.

Dieses Ergebnis ist unhaltbar, denn es widerspricht vielfach den tatsächlichen Verhältnissen. Der Tradent kann sehr wohl den Willen, speziell dem Kommittenten das Eigentum zu übertragen,[1]) gehabt und diesen Willen bei der Tradition auch kundgetan haben, dann können doch die mit dem Kommissionär daraufhin abgeschlossenen Vereinbarungen nicht übergangen werden. Anderseits, selbst wenn der Dritte bei der Übergabe einen neutralen Willen hatte, können Abmachungen zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten vorliegen, nach denen sich der Kommissionär verpflichtet hat, das Eigentum dem Kommittenten unmittelbar zu erwerben, und der Kommissionär dementsprechend einen solchen Willen bei Entgegennahme der Übergabe gehabt haben. Nach Lenel müßten diese Abmachungen unberücksichtigt bleiben; denn der Kom-

[1]) A. M. Perl a. a. O. 101 Anm. 5, der einen solchen Willen des Tradenten mit dem Wesen des Kommissionsgeschäfts für unvereinbar hält; vgl. aber dazu Grünhut a. a. O. 429 Nr. 4.

missionär würde in beiden Fällen gleichwohl auf Grund eines für ihn selber bestehenden Kausalverhältnisses Besitz und Eigentum erworben haben und somit das Eigentum sich selber erwerben.

Beizustimmen ist Lenel aber in seiner Polemik gegen das Abstellen des Eigentumserwerbs allein auf den inneren Willen des Kommissionärs, die sich gegen Bremer und dessen Anhänger richtet.[1]) Lenel führt mit Recht aus, daß dieser innere Wille meist gar nicht vorhanden ist und der Kommissionär, wenn man ihn nach seinem Willen hinsichtlich des Eigentumsüberganges bei Entgegennahme der Übergabe befragen würde, meist darüber keine Auskunft würde geben können — vgl. die Hamburger Umfrage — und daß anderseits, selbst wenn ein solcher innerer Wille ermittelt würde, der Eigentumserwerb vollkommen in der Willkür des Kommissionärs stünde; denn dem einen würde er unmittelbar Eigentum erwerben, dem andern nicht. Somit sei der innere Wille des Kommissionärs ein so schwankendes und unsicheres Moment, daß man davon die Frage des Eigentumsüberganges nicht abhängig machen könne.

Dieser Gefahr glaubt Lenel nur entgehen zu können durch Aufstellung der oben erwähnten Sätze, nach denen stets derjenige, für den das Kausalverhältnis begründet ist, sich selber das Eigentum erwerben muß. Auch unsere Theorie, die den Parteiabmachungen den weitesten Spielraum läßt, vermeidet trotzdem das Abstellen des Eigentumsüberganges allein auf den inneren Willen des Kommissionärs. Sie sucht vielmehr den, wie Lenel zugegeben werden mag, vielfach dem Kommissionär nicht zum Bewußtsein kommenden Willen mangels anderer Interessen des Kommissionärs aus dessen

[1]) Lenel a. a. O. 46ff.

Pflichtbewußtsein herzuleiten[1]) und schaltet somit auch die Willkürlichkeit dieses Willens aus, verlangt aber neben diesem Willen des Kommissionärs auch den entsprechenden Willen des Dritten, dem Lenel nicht die genügende Bedeutung zukommen läßt, da er mit Bremer davon ausgeht, daß der Tradent stets den animus incertus habe.

Einem unmittelbaren Eigentumserwerb für den Kommittenten steht also bei Lenel der Abschluß des Kausalverhältnisses auf den Namen des Kommissionärs entgegen, nicht etwa das Nichthervortreten des Stellvertretungswillens des Kommissionärs dem Dritten gegenüber. Lenel lehnt ausdrücklich die Ansicht ab, daß das Stellvertretungsverhältnis bei der Tradition dem Dritten mitgeteilt werden müßte; dies hätte nur Sinn, wenn der Dritte ein Interesse an der Frage, wer Eigentümer wird, hätte, dies sei aber nicht der Fall, da es ihm gleichgültig sei, ob der Kommittent sofort oder erst durch einen weiteren Rechtsakt Eigentum erwerbe.[2])

Auf dem entgegengesetzten Standpunkte hinsichtlich der Klarstellung des Stellvertretungsverhältnisses steht Leonhard[3]) der aber im Resultat Lenel sehr nahe kommt, da auch er das Kausalverhältnis in den Vordergrund rückt. Während aber Lenel von der typischen Interessenlage, wie sie nach seiner Ansicht zwischen Mittler und Vertretenen meist sein wird, für unseren speziellen Fall somit vom Interesse des Mittlers, ausgeht und unter diesem Gesichtspunkt das Kausalverhältnis verwertet, geht Leonhard dagegen von dem typischen Interesse des Dritten, wie er sich dieses konstruiert aus und zieht zu dessen Schutz das Kausalverhältnis heran.

[1]) vgl. hierzu 60ff.

[2]) Lenel a. a. O. 42/43.

[3]) Leonhard a. a. O. S. 17ff., 36.

Nach ihm entscheiden in erster Linie über den Eigentumsübergang die vertragsmäßigen Erklärungen des Tradenten und des Empfängers, jedoch muß der Mittler, wenn eine Einigung auf den Vertretenen zustande kommen soll, seinen Stellvertretungswillen dem Tradenten erkennbar werden lassen (Offenheitsprinzip). Leonhard verkennt nun nicht, daß mit diesem Grundsatz „für die praktische Anwendung noch nicht viel gewonnen ist", da er zur Voraussetzung habe, daß es sich um wirklich bedeutsame rechtlich erhebliche Erklärungen handle, solche Erklärungen aber meist bei der Übergabe nicht vorhanden sein werden.[1]) Er stellt daher zum Zwecke der Ermittelung des Willens der Parteien weiterhin die Auslegungsregel auf, daß die Übertragung im Zweifel an den Kausalgläubiger erfolge. Seine Theorie vermeidet somit die bei Lenel vorliegende Unmöglichkeit, die nicht typischen Parteiabmachungen zu berücksichtigen, kommt aber in den weitaus meisten Fällen zu demselben Ergebnis wie Lenel, daß der Kommissionär das Eigentum für sich erwerbe.

Eine Widerlegung des Leonhardschen Offenheitsprinzips ist bereits in § 9 erfolgt; es mag hier nur noch auf die Auslegungsregel, zu der sich Leonhard infolge dieses Prinzips genötigt sieht, eingegangen werden. Es ist an sich schon inkonsequent, wenn Leonhard zunächst behauptet, daß bei der Übergabe meist keinerlei ausdrückliche oder in den Umständen liegende Erklärungen abgegeben werden, also nicht erhellt, auf wen das Eigentum übertragen werden soll, dann aber zur Aufstellung seiner Auslegungsregel auf das der Übergabe zugrunde liegende Kausalverhältnis zurückgreift. Dieses Kausalverhältnis kann doch nur in Frage kommen

[1]) Leonhard a. a. O. 31.

insoweit, als aus ihm auf eine stillschweigende Erklärung geschlossen werden kann, während Leonhard gerade dann auf das Kausalverhältnis zurückgreifen will, wenn keine derartigen Erklärungen vorliegen.

Leonhard übersieht ferner bei dieser Auslegungsregel, selbst wenn sie richtig wäre, daß aus ihr sich nur der Wille des Dritten ergeben würde, während der Wille des Empfängers im unklaren bliebe. Aber selbst für den Dritten trifft die Auslegung seines Willens, wie ihn Leonhard als typisch annimmt, nicht zu; denn der Dritte hat vielfach nicht den Willen, gerade seinem Gläubiger das Eigentum zu übertragen, sondern sein Wille ist darauf gerichtet, sich von seiner Verbindlichkeit, die er im obligatorischen Vertrag übernommen hat, zu befreien. Zu diesem Zwecke ist aber die Richtung des Willens, Eigentum zu übertragen, auf den Gläubiger gar nicht erforderlich, der Tradent befreit sich von seiner Verpflichtung auch, wenn er mit Willen des Gläubigers einem anderen das Eigentum überträgt.[1]) Leonhard führt denn auch an anderer Stelle aus, daß „dem Dritten die Person des Erwerbers regelmäßig gleichgültig sein wird".[2]) Daraus würde aber, wenn dieser Satz in dieser Formulierung richtig ist, folgen, daß der Dritte dann im Zweifel einen neutralen Willen haben und die Übergabe mit dem animus incertus vornehmen werde. Das würde aber wieder der Leonhardschen Auslegungsregel, daß der Dritte im Zweifel dem Gläubiger vom Kausalverhältnis das Eigentum übertragen wolle, widersprechen.

Auch was Leonhard gegen die nach unserer Theorie notwendige Annahme, daß eine Unterschlagung vorliege, falls

[1]) s. die Ausführungen 51.

[2]) Leonhard a. a. O. 31.

der Mittler eine für den Vertretenen mit direkter Eigentumsübertragung erworbene Sache, die er noch in Verwahrung hat, veräußert, anführt, schlägt nicht durch.[1]) Wenn ich einen Antiquitätenzwischenhändler beauftragt habe, bei einer bestimmten Familie einen bestimmten Gegenstand für meine Rechnung, jedoch in seinem Namen zu kaufen, und dieser, der dem Verkäufer als Zwischenhändler persönlich bekannt ist, den Gegenstand kauft, mit meinem Gelde bezahlt und ihn darauf, wie dies vielfach üblich ist, in seinem Laden aufbewahrt, ihn aber, ehe ich ihn abgeholt habe, da ihm ein höherer Preis dafür geboten wird, verkauft, so begeht er zweifellos eine Unterschlagung. In dem Moment der Übergabe an ihn habe ich das Eigentum an dem Gegenstande erworben; denn der Wille des Veräußerers war, wie sich aus den Umständen ergibt, ein neutraler, der Mittler andrerseits mußte als redlicher Mann den Willen haben, für mich direkt zu erwerben; der consens, daß das Eigentum auf mich übergehen sollte, ist somit zustande gekommen.

Natürlich ist nicht jede Verfügung des Mittlers über einen Gegenstand des Vertretenen, den er in Ausführung eines Einkaufsauftrags inne hat, eine Unterschlagung; sobald der Mittler das Einverständnis des Vertretenen zu der Verfügung annehmen kann, fehlt das subjektive Moment. Ein Kommissionär hat z. B. für den A mit direktem Eigentumsübergang 100 Sack Weizen, lieferbar am 1. Oktober gekauft, und auf seinem Lager liegen. In der Zwischenzeit kommt ein eiliger Kaufauftrag des B gleichfalls über 100 Sack desselben Weizens, lieferbar am 1. August. Wenn in einem solchen Falle der Kommissionär die erst gekauften 100 Sack dem B

---

[1]) Leonhard a. a. O. S. 42, 52, 82—84.

liefert und für A 100 Sack Weizen neu einkauft, so kann er zu dieser Handlungsweise die Einwilligung des Kommittenten voraussetzen. Ist der Kommissionär aber, wie in dem ersten Beispiel, sich bewußt, daß seine Veräußerung gegen den Willen des Eigentümers erfolgt, so liegt eine Unterschlagung vor.

Gegen die Leonhardsche Auslegungsregel ist aber außer den in ihrer eigenen Ableitung liegenden Bedenken auch noch der Umstand anzuführen, daß sie völlig beim Schutz der Interessen des Kommittenten versagt. Leonhard läßt zwar im Prinzip, und hierin berührt sich seine Theorie mit der unsrigen, die Parteiabmachungen entscheiden, schränkt aber in der praktischen Anwendung das Prinzip vollständig durch seine Auslegungsregel ein, und bei ihrer Aufstellung sieht er allein auf den Schutz eines möglichen Interesses des Dritten und übersieht, daß auch der Vertretene eines Schutzes bedarf, wenn ihm auch dieser Schutz nur insoweit zugebilligt werden kann, als hierdurch kein Interesse des Dritten verletzt wird.[1])

Gegen den unmittelbaren Eigentumserwerb des Kommittenten haben sich auch alle früheren Kommentare sowohl für das alte wie das neue Handelsgesetzbuch ausgesprochen.[2]) Über die weiteren Literaturnachweise bezüglich der Streitfrage über den direkten Eigentumserwerb des Vertretenen bezw. des Kommittenten, die hier nicht wiederholt werden sollen,

[1]) s. die Ausführungen S. 70.

[2]) Anschütz-v. Völderndorff, Komm. zum allgem. deutschen HGB. 3 Art. 388 Anm. 4; Düringer und Hachenburg, Komm. zum HGB. 3 § 384 Note 4. Gareis-Fuchsberger, Das allgem. deutsche HGB., kommentierte Ausgabe Art. 383[3], 388[34]; v. Hahn, Komm. zum allgem. deutschen HGB. 2 Art. 388 Zusatz 2; Lehmann-Ring, Komm. zum HGB. Anhang zu § 392 Nr. 18. Makower, Komm. zum HGB. 1 § 383 IX g 2. Staub, Komm. zum HGB. 2 § 383 Anm. 31.

wird auf die Zusammenstellungen in den Anmerkungen bei Grünhut[1]) und Langen[2]) verwiesen.

Zum Schluß mag noch kurz darauf eingegangen werden, wie sich der Eigentumsübergang gestaltet, wenn der Wille des Tradenten hinsichtlich der Person des neuen Eigentümers nicht mit dem Willen des Traditionsempfängers übereinstimmt. Es sind hierüber verschiedene Ansichten aufgestellt worden. Die Entscheidung der Frage wird davon abhängig, ob der widersprechende Wille dem Kontrahenten gegenüber geäußert worden ist oder nicht.

Übergibt der Tradent die Sache mit dem erkennbaren Willen dem Traditionsempfänger, daß der C Eigentum erwerben soll und der Empfänger nimmt, ohne diesem Willen zu widersprechen, die Sache an, so erwirbt der C das Eigentum, auch wenn der Traditionsempfänger den Willen hatte, das Eigentum für sich selber zu erwerben. Dieser abweichende Wille des Traditionsempfängers, mag er nun ein rein innerlicher Wille oder ein einem tertius zu erkennen gegebener sein, kommt nicht in Betracht,[3]) durch die Annahme der Sache, die ihm mit dem erkennbaren Willen, das Eigentum daran dem C zu übertragen, übergeben worden ist, hat er die stillschweigende aus seiner Handlungsweise mit Notwendigkeit zu schließende Erklärung abgegeben, daß er der Willenserklärung des Tradenten seinerseits zustimme. Durch diese in konkludenter Handlung liegende Willenserklärung ist der consens zustande gekommen. Dasselbe gilt, wenn der Empfänger erklärt, die

---

[1]) Grünhut a. a. O. 440 Anm. 1.

[2]) Langen a. a. O. S. 46 Anm. 1 u. 105 Anm. 4 Abs. 2 u. 3.

[3]) vgl. Windscheid, Pand. 1 § 155 N. 7, § 172 N. 13; Dernburg, Pand. 1 § 180, 4b; Bremer in Lindes Zeitschrift 11, 249ff.; Grünhut a. a. O. 430 Nr. 5; Leonhard S. 21 Nr. 2, 43/44.

Sache für den C entgegennehmen zu wollen, und der Tradent, ohne dem zu widersprechen, ihm die Sache übergibt.

Anders liegt der Fall, wenn die beiden sich widersprechenden Willen der Parteien bei der Verhandlung klar zutage getreten sind. Meist werden die Parteien sich einigen oder die Übergabe wird unterbleiben; ist eine Einigung jedoch nicht erzielt worden, und hat trotzdem der Tradent die Sache übergeben, so ist die Entscheidung über die Person des neuen Eigentümers bestritten. Die eine Meinung geht dahin, daß in einem solchen Falle anzunehmen sei, der Tradent habe sich dem Willen des Empfängers unterworfen, sonst hätte er die Sache nicht aus der Hand gegeben;[1]) demgegenüber wird von der anderen Seite ausgeführt, daß der Wille dessen gelten müsse, der das letzte Wort gehabt habe; als letztes Wort sei die Übergabe anzusehen, mit der Übergabe opfere der Tradent seinen Besitz, und indem der Empfänger dieses Opfer annehme, unterwerfe er sich der Absicht, die der Tradent mit dem Opfer verfolge.[2]) Die einen lassen also den Willen des Empfängers, die andern den des Tradenten überwiegen.

M. E. sind beide Vermutungen nicht gerechtfertigt; dem Willen des Tradenten ist die gleiche Bedeutung zuzusprechen wie dem des Empfängers, und umgekehrt. Erfolgt trotz erklärtem dissens die Übergabe der Sache, so kommt überhaupt keine Einigung zustande.[3]) Der Empfänger kann durch diese

[1]) vgl. Pininski a. a. O. 545 Nr. 1; Mitteis a. a. O. 141 Anm. 1.

[2]) Leonhard a. a. O. S. 21—22.

[3]) Eine Bestätigung dieser Ansicht, daß wegen mangelnder Einigung kein Eigentumsübergang zustande kommt, findet sich bei Julian l. 37 § 6 D. 41, 1, der jedoch in dieser Stelle nur die Eigentumsfrage entscheidet — nihil agetur — und die Besitzfrage unerörtert läßt. Im Gegensatz zu Julian entscheidet Ulpian l. 13 D. 39, 5 in demselben Fall, daß der Wille des Tradenten zu entscheiden habe: nihil agit in sua

Tradition nicht Eigentümer werden, da er sich nicht auf den Willen des Tradenten stützen kann; der C hat gleichfalls kein Eigentum erworben, da der Empfänger Besitz und Eigentum für ihn gar nicht erwerben wollte. Das Eigentum verbleibt vielmehr beim Tradenten, während den Besitz an der übergebenen Sache originär der erwirbt, für den der Empfänger die Sache annahm. Leonhard führt a. a. O. gegen diese Entscheidung an, daß darin eine große Unbilligkeit gegen den Tradenten liege, da er seinen Besitz opfere, ohne etwas dadurch zu erreichen, und mit seiner Eigentumsklage vielleicht zu spät komme; dem ist aber entgegenzuhalten, daß der Tradent allein an dieser Unbilligkeit schuld ist; da keine Einigung zu erzielen war, mußte er die Sache, wenn er sich dieser Gefahr nicht aussetzen wollte, behalten.[1])

---

persona sed mihi aquirit. Wie die Aussprüche der beiden zueinander in Einklang zu bringen sind, darüber ist viel gestritten worden (vgl. Windscheid, Pand. 1 § 155 Nr. 7, 1). Sämtliche Ansichten, die die beiden Stellen vereinigen wollen, sind aber mehr oder weniger künstliche Konstruktionen, die sich bei unbefangener Würdigung der beiden Stellen nicht halten lassen. Das Richtige ist wohl, eine Antinomie anzunehmen (vgl. Dernburg, Pand. 1 § 180 Nr. 12), wobei jedoch nicht verkannt werden soll, daß es höchst auffällig ist, daß Ulpian in seiner Stelle, die offensichtlich der Julianschen Stelle nachgebildet ist nicht der gegenteiligen Ansicht des Julian Erwähnung tut, wie dies unter den römischen Juristen Brauch war.

[1]) vgl. Windscheid, Pand. 1 § 172 Nr. 13; Grünhut a. a. O. 430 Nr. 6.

§ 11.
Anhang.

Die Bestimmungen des Gesetzes betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896.

Das Depotgesetz regelt die Pflichten des Kommissionärs, der einen Einkaufsauftrag auf Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine (Talons), auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen oder vertretbare andere Wertpapiere mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld ausgeführt hat.

Derartigen Käufen ist das Eigentümliche gemeinsam, daß die für den Kommittenten eingekauften vertretbaren Wertpapiere in der Regel beim Kommissionär in Verwahrung bleiben, ohne daß dieser zur Übereignung an den Kommittenten binnen bestimmter Frist verpflichtet war. Da nun das alte Handelsgesetzbuch keine Bestimmung über den Eigentumsübergang beim Kommissionskauf aufgenommen hatte und davon ausging, daß in der Regel der Kommissionär das Eigentum an der Kaufsache erwerbe und erst durch einen weiteren Rechtsakt auf den Kommittenten übertragen müsse, so hatten sich erhebliche Übelstände für den Kommittent hinsichtlich seines Eigentumserwerbs gezeigt,[1]) da es nicht feststand, wann er das Eigentum erworben habe.

Die Eigentumsübertragung wurde in der Regel durch das constitutum possessorium vorgenommen, und es war nun streitig, in welchem Moment dieses constitutum possessorium vollzogen war, und andererseits konnte der Kommissionär den Eigentumsübergang verzögern, indem er das constitutum

[1]) Denkschrift zum HGB. 237.

possessorium nicht vornahm. Der Kommittent mußte dann erst zur Klage auf Verschaffung des Eigentums schreiten und hatte bis zum Ausgang des Rechtsstreits nur ein Forderungsrecht auf Übereignung bloß generell bezeichneter Effekten, die der Kommissionär, ohne gegen eine gesetzliche Bestimmung zu verstoßen, gar nicht zu besitzen brauchte.[1])

Um diese Übelstände zu beseitigen, hat das Depotgesetz vom 5. 7. 1896, das nach Art. 2 Abs. 2 des EG. z. neuen HGB. neben dem Handelsgesetzbuch in Kraft bleibt, bestimmt, daß der Kommissionär binnen 3 Tagen, nachdem er durch Ankauf vertretbarer Wertpapiere den Auftrag ausgeführt hat, dem Kommittenten ein Stückeverzeichnis mit Angabe der Gattung, des Nennwertes, der Nummern oder sonstiger Unterscheidungsmerkmale zu senden habe, falls der Kommittent nicht Bankier ist oder ausdrücklich und schriftlich, und zwar speziell für jeden Auftrag, darauf verzichtet hat. Kommt der Kommissionär mit der Erfüllung dieser Verpflichtung in Verzug und holt er das Versäumte nicht binnen 3 weiteren Tagen, nachdem ihn der Kommittent gemahnt hat, nach, so kann der Kommittent den Kauf als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

§ 7 des Gesetzes bestimmt weiter:

> Mit der Absendung des Stückeverzeichnisses geht das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen der Übergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkt eintritt, bleiben unberührt.

---

[1]) Rießer, Das Bankdepotgesetz vom 5. 7. 1896 S. 34; Cosack, Handelsrecht § 43, 3c.

Aus diesem zweiten Satz des § 7 ergibt sich, daß mit dieser Bestimmung nur der Zeitpunkt angegeben ist, an dem spätestens das Eigentum an den eingekauften Wertpapieren auf den Kommittenten übergeht.[1]) Wenn also auch das Gesetz auf einem anderen Standpunkt, als der ist, den wir in unserer Erörterung eingenommen haben, hinsichtlich des Eigentumserwerbs bei Kommissionseinkäufen steht, indem es annimmt, daß in der Regel der Kommissionär das Eigentum erwerbe, so wird doch unsere Ansicht durch diese Bestimmung des § 7 nicht beeinflußt.

Ist das Eigentum an den Wertpapieren noch nicht auf den Kommittenten übergegangen, so bedeutet das nach § 7 abgeschickte Stückeverzeichnis den Vollzug des constitutum possessorium, ist dagegen auf Grund der in unserer Untersuchung aufgeführten Umstände bereits früher das Eigentum auf den Kommittenten übergegangen, so bedeutet die Absendung des Stückeverzeichnisses rechtlich weiter nichts als eine Kundgebung der Nummern usw. an den Kommittenten.

---

[1]) Rießer a. a. O. 33; Staub, Kommentar § 383 Anm. 27, 28.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.